

En komparativ analyse av etableringsvilkåret i Cadbury Schweppes-dommen

Er etableringsvilkåret i norsk internrett det samme som etableringsvilkåret oppstilt i Cadbury Schweppes-dommen og EU/EØS-praksis?

Kandidatnummer: 701

Leveringsfrist: 25/11/14

Antall ord: 15827



Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INNLEDNING..... | 1 |
| 1.1 | Formålet med oppgaven..... | 1 |
| 1.2 | Oppgavens oppbygning..... | 1 |
| 1.3 | Kort om rettskildebildet | 2 |
| 1.3.1 | Rettskildebildet i nasjonal rett | 2 |
| 1.3.2 | Rettskildebildet i EU/EØS-rett | 3 |
| 1.4 | Introduksjon til NOKUS-reglene og fritaksmetoden | 4 |
| 2 | NORGES FORPLIKTELSE UNDER EØS-AVTALEN..... | 6 |
| 2.1.1 | Forpliktelsens grunnlag | 6 |
| 2.1.2 | Virkning for nasjonal rett | 6 |
| 2.1.3 | Kort om ESA og EFTA-domstolen | 8 |
| 3 | INNHALDET I ETABLERINGSVILKÅRET, BASERT PÅ EU/EØS-PRAKSIS. 9 | |
| 3.1 | Tolkning av etableringsvilkåret i EU/EØS-retten | 9 |
| 3.1.1 | Innledning | 9 |
| 3.1.2 | Etableringsretten og forhindring av kunstige arrangementer | 9 |
| 3.1.3 | Aktuelle vurderingsmomenter i generaladvokaten betenkning | 14 |
| 3.2 | Særlig om truster og fondsstrukturer | 16 |
| 3.2.1 | Innledning | 16 |
| 3.2.2 | Om truster og fondsstrukturer..... | 16 |
| 3.2.3 | Fred. Olsen-saken | 18 |
| 3.3 | Oppsummering..... | 22 |
| 4 | INNHALDET I ETABLERINGSVILKÅRET, BASERT PÅ LOVGIVER OG SKATTEETATENS PRAKSIS | 23 |
| 4.1 | Tolkning av ”det norske etableringsvilkåret” | 23 |
| 4.1.1 | Lovtekst og forarbeider | 23 |
| 4.1.2 | Praksis..... | 26 |
| 4.2 | Særlig om truster og fondsstrukturer | 32 |
| 4.2.1 | Om truster og fondsstrukturer..... | 32 |
| 4.2.2 | UTV-2009-1280 | 32 |
| 4.2.3 | BFU-2013-13..... | 34 |
| 4.3 | Oppsummering:..... | 36 |
| 5 | ER NORSK INTERNRETT I SAMSVAR MED EU/EØS-RETTE? | 37 |

| | |
|-----------------------------|-----------|
| LITTERATURLISTE..... | 39 |
|-----------------------------|-----------|

1 Innledning

1.1 Formålet med oppgaven

På bakgrunn av internasjonaliseringen av nasjonal lovgivning de siste årene må det anses som klart at rettstilstanden i norsk skatterett ikke alene kan klarlegges på bakgrunn av intern nasjonal rett. Når rettstilstanden blir avhengig av flere faktorer er det ikke unaturlig at samspillet mellom nasjonal og internasjonal rett kompliseres. I utgangspunktet er norsk skatterett regulert internrettslig, gjennom lover, forarbeider og praksis fra domstolene og forvaltningen. De senere årene har imidlertid skatteretten, i likhet med andre rettsområder i internretten, i økende grad blitt utsatt for internasjonal påvirkning. Denne påvirkningen har i stor grad foregått gjennom skatteavtaler og tiltredelsen av EØS-avtalen.

Innenfor skatterettens område har den internasjonale påvirkningen eksempelvis hatt betydning for NOKUS-reglene og fritaksmetoden. Et eksempel på EØS-rettens påvirkning er da norske myndigheter måtte endre NOKUS-reglene, ved innføringen av kravet om ”reelt etablert og reell økonomisk aktivitet” etter *Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue* (heretter betegnet *Cadbury Schweppes-dommen*). Denne innføringen innebar at NOKUS-reglene ikke skulle anvendes på subjekter som var *reelt etablert og drev reell økonomisk aktivitet* i etableringsstaten. Som følge av endringen i NOKUS-reglene valgte lovgiver å innføre det samme kravet om reell etablering og reell økonomisk aktivitet i fritaksmetoden også. Kravet om reelt etablert og reell økonomisk virksomhet vil videre i oppgaven bli betegnet som *etableringsvilkåret*. Dette vilkåret er senere blitt tolket av skattemyndighetene, men tolkningen har i juridisk litteratur¹ blitt kritisert for å gi etableringsvilkåret et snevrere innhold enn det som følger av EØS-retten. Spørsmålet, og hovedtemaet for denne oppgaven, blir således om innholdet i kravet om reell etablering og reell økonomisk aktivitet innført i norsk rett er det samme som det etableringsvilkåret som ble oppstilt i *Cadbury Schweppes-dommen*, og således om norsk rett er i samsvar med EØS-retten.

1.2 Oppgavens oppbygning

Besvarelsen av denne oppgaven vil først og fremst basere seg på en tolkning av etableringsvilkåret i EØS-retten (kapittel 3) og en tolkning av etableringsvilkåret i intern norsk rett (kapittel 4). Avslutningsvis vil jeg foreta en sammenligning av tolkningsresultatene (kapittel 5). Innledningsvis behandles kort det aktuelle rettskildebildet (pkt. 1.3), etableringsvilkårets betydning for NOKUS-reglene og fritaksmetoden (pkt. 1.4) og Norges forpliktelser under EØS-avtalen (kapittel 2).

¹ Hovland, Øyvind, *NOKUS-reglene og fritaksmetodens krav til reelt etablert og forholdet til EØS-avtalen*, Skatterett 4/2012 s. 273 – 326 og P. Hammerich og V. K. Svendsby, *Verdipapirfond og etableringsvilkåret*, Revisjon og Regnskap 2/2014 s. 60 – 62.

1.3 Kort om rettskildebildet

1.3.1 Rettskildebildet i nasjonal rett

Det tradisjonelle rettskildebildet i norsk internrett har bestått av lovteksten, forarbeidene og rettspraksis. Innenfor skatterettens område er skatteloven² den viktigste lovteksten. Samtidig har forvaltningspraksis, gjennom uttalelser fra Finansdepartementet og Skattedirektoratet (særlig gjennom BFUer)³, ofte større betydning enn forvaltningspraksis på andre rettsområder. Det aktuelle rettskildebildet for tolkningen av innholdet av etableringsvilkåret i norsk intern skatterett er dermed i utgangspunktet lovteksten, forarbeidene og etterfølgende praksis. Rettskildebildet ble imidlertid noe endret etter implementeringen av EØS-avtalen gjennom EØS-loven⁴ § 1, som gir at hovedbestemmelsene i EØS-avtalen skal gjelde som norsk lov. Selv om skatteretten i utgangspunktet ikke er regulert direkte av EØS-avtalen, vil EØS-avtalen likevel være av betydning siden reglene om de fire friheter⁵ også gjelder skatteretten. Det faktum at reglene om de fire friheter også gjelder for skatteretten, er ikke opplagt, men følger av arbeidsgiveravgift-saken⁶. Resultatet blir dermed at vi, for å forstå internretten, må legge til det EØS-rettslige momentet ved tolkningen. Dette forutsetter samtidig at vi forstår innholdet av det EØS-rettslige momentet, slik at vi kan oppnå den riktige tolkingen av internretten. Det er på dette punktet at det har vært hevdet i juridisk litteratur at lovgiver og skattetaten har misforstått, ved at de har tolket det EØS-rettslige innholdet av etableringsvilkåret snevrere enn det som egentlig følger av EØS-retten. I tillegg følger det av EØS-loven § 2 at EØS-retten skal ha forrang foran norsk rett⁷. Hvis forståelsen av det EØS-rettslige momentet ikke er riktig og EØS-loven § 2 ikke følges vil det kunne tenkes at Norge bryter med sine forpliktelser etter EØS-avtalen. Dette ble også påpekt i artikkelen til Hammerich og Svendsby⁸:

”Skattedirektoratet har i en bindende forhåndsuttalelse benyttet et annet vurderingstema enn det som følger av relevant praksis fra EU-domstolen... Legges dette til grunn, vil det etter forfatternes vurdering innebære brudd på Norges EØS-rettslige forpliktelser”.

² Lov nr. 14 av 26. mars 1999 om skatt av formue og inntekt.

³ Bindende forhåndsuttalelse, jfr. lov nr. 24 av 13. juni 1980 om ligningsforvaltning, § 3A-1.

⁴ Lov nr. 109 av 27. november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

⁵ Fri flyt av varer, tjenester, personer og kapital.

⁶ Case E-6/98, The Kingdom of Norway v EFTA Surveillance Authority

⁷ Tolkingsresultatet av lovens ordlyd, forarbeider og rettspraksis.

⁸ P. Hammerich og V. K. Svendsby, *Verdipapirfond og etableringsvilkåret*, Revisjon og Regnskap 2/2014 s. 60 – 62.

1.3.2 Rettskildebildet i EU/EØS-rett

Som nevnt er Norge i utgangspunktet kun bundet av EØS-avtalen, og dermed kun EØS-retten, men EØS-retten speiler i stor grad EU-retten slik at denne får betydning for tolkingen av EØS-retten. Dette er også ved flere anledninger slått fast i rettspraksis.

Når det gjelder tolkningen av EU-retten har den en egen tolkningsmetode som er noe annerledes enn den tradisjonelle norske rettskildelæren. Der den tradisjonelle norske rettskildelæren anvender en mer statisk og mindre rettskapende tolkningsmetode anvender EU-retten en mer dynamisk tolkning, på bakgrunn av en rettsutviklende og formålsorientert tolkningsmetode. Se som eksempel lagmannsrettens uttalelse i Fokus Bank-saken⁹:

”Lagmannsretten vil også peke på at rettskildebruken innen EF/EØS-retten avviker fra den norske. EØS-avtalen er svært skjønnsmessig i sin utforming og det er sparsomt med forarbeider. Derimot legges det betydelig vekt på rettspraksis og bruk av formålsbetraktninger i forhold til overordnede prinsipper. Et slikt rettskildebilde legger opp til en mer utviklingsorientert tolkning og vil i hvert fall på noe sikt kunne føre til tolkningsresultater som ikke alltid er like forutsigbare. Det ligger derfor i sakens natur at tilslutning til internasjonale trakteter innebærer en aksept av en slik mulig utvikling”.

Siden EU/EØS-retten er en del av norsk rett vil norske rettsanvendere måtte foreta en selvstendig tolkning av EØS-avtalen, og det er derfor viktig med kunnskap om den EU/EØS rettslige metode. I tillegg avviker den EU/EØS rettslige tolkningsmetode fra den norsk-rettslige metode på flere punkter. Et eksempel er at innholdet i EU-rettens begreper er utviklet gjennom tolkning og praksis og er autonom. Dette betyr at begrepene må tolkes fellesskapsrettslig og ikke kan tillegges samme betydning som i medlemsstatenes nasjonale rett. Samtidig legger EU/EØS-retten langt større vekt på rettspraksis og skiller heller ikke mellom premissutsagn som er avgjørende for resultatet (ratio decidendi) og de utsagn som ikke er avgjørende for resultatet (obiter dicta). Det er også verdt å merke seg at alle dommer i EU/EØS-retten aldri viser om de har vært enstemmige eller under dissens. Dette innebærer at premissene fort kan bli tilpasset for å oppnå nødvendig flertall og dette kan igjen gjøre avgjørelsen vanskelig å lese siden den da fort blir generell i uttrykksmåten.

Et annet eksempel på at den EU/EØS-rettslige metoden avviker fra den norske er generaladvokatens rolle. Domstolen treffer sine avgjørelser etter å ha hørt generaladvokatens forslag og det vil ofte være lettere å forstå saken ved å lese dommen i lys av generaladvokatens forslag, særlig når begge kommer til samme resultat (som i Cadbury Schweppes-dommen). Se for eksempel uttalelsen i ot.prp.nr.1 (2007-08), s.59:

⁹ Se RG 2005 s. 1542.

”Dommen lest i sammenheng med generaladvokatens innstilling av 2. mai 2006 gir likvel relativt klare retningslinjer”.

Bakgrunnen for generaladvokatens spesielle stilling i EU-retten er generaladvokatens rolle under rettsprosessen. Generaladvokatens betenkning kan sammenlignes med forarbeidene til norske lover. Generaladvokaten er formelt sett et medlem av domstolen, men har ingen dømmende makt. Han/hun skal isteden skrive en begrunnet innstilling, og et resultat, til saken. Denne er likevel kun rådgivende. Dette reflekterer generaladvokatens oppgave, som er å gjøre det juridiske grovarbeidet, systematisere saken og gi dommerne et alternativ som de kan vurdere opp mot sin egen forståelse av saken.

I sak C-283/81 CILFIT¹⁰ premiss 18 til 20 oppsummerer EU-domstolen selv noen av særtrekkene ved sin tolkningsmetode:

”Der skal først og fremmest tages hensyn til den omstændighed, at de EF-retlige bestemmelser er affattet på flere forskellige sprog, og at alle sproglige versioner er autentiske. Fortolkningen af en EF-retlig bestemmelse kan derfor først ske efter en sammenligning af de sproglige versioner.

Det bemærkes dernæst, at der i EF-retten – selv om de sproglige versioner er nøje overensstemmende – anvendes en særlig sprogbrug. Det skal i øvrig understreges, at indholdet af de retlige begreber ikke nødvendigvis er det samme i EF-retten som i de forskellige nationale retsordener.

Endelig skal de enkelte EF-regler vurderes i deres rette sammenhæng og fortolkes i lyset af EF-rettens bestemmelser som helhed, den bagved liggende målsætning og EF-rettens udviklingstrin på tidspunktet for de pågældende bestemmelsers anvendelse”.

Avsluttende er det viktig å merke seg at EU-domstolens overordnede mål er å sikre enhetlig praktisering av reglene om de fire friheter, inkludert etableringsfriheten innenfor EU og EØS. Dette øker også betydningen av EU-domstolens avgjørelser som en viktig tolkningsfaktor.

1.4 Introduksjon til NOKUS-reglene og fritaksmetoden

NOKUS-reglene er særlige beskatningsregler for norskkontrollerte utenlandske selskaper. Formålet med NOKUS-reglene er å forhindre skattemotivert kapitalflukt og unngåelse av løpende norsk beskatning gjennom oppsamling av overskudd i lavskatteland¹¹. Reglene er regulert i skatteloven §§ 10-60 flg. og får anvendelse på norskkontrollerte utenlandske selskaper

¹⁰ Case C-283/81, Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health.

¹¹ Ot.prp.nr.1 (2004 – 05) Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer, s. 66.

hjemmehørende i lavskatteland. Konsekvensen av NOKUS-reglens anvendelse er at eierne av selskapet blir løpende beskattet for selskapets inntekt.

Etableringsvilkåret er innført i NOKUS-reglene gjennom § 10-64 bokstav b, med den konsekvens at ”Skattlegging etter reglene i §§ 10-61 til 10-68 foretas ikke når”¹²:

”deltakeren dokumenterer at selskapet eller innretningen reelt er etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der, og Norge i medhold av skatteavtale eller annen folkerettslig overenskomst kan kreve utlevert opplysninger fra etableringsstaten. Dersom det ikke foreligger slik overenskomst, gjelder tilsvarende når deltakeren legger fram erklæring fra skattemyndighetene i etableringsstaten som bekrefter at dokumentasjonen er riktig”.

Som det følger av lovbestemmelsen innsnevrer etableringsvilkåret NOKUS-reglens anvendelsesområde. Utgangspunktet er at NOKUS-reglene kan anvendes så lenge det norskkontrollerte utenlandske selskapet er hjemmehørende i et lavskatteland, uavhengig av om dette er innenfor eller utenfor EØS-området. Etter § 10-64 bokstav b kan likevel ikke NOKUS-reglene anvendes hvis selskapet oppfyller etableringsvilkåret i en EØS-stat. Det blir dermed mulig for selskaper å unngå NOKUS-beskatning i lavskatteland innenfor EØS-området så lenge de oppfyller etableringsvilkåret.

Når det gjelder fritaksmetoden er denne regulert i skatteloven § 2-38 og åpner for at visse aksjeinntekter og gevinster, som i utgangspunktet er skattepliktige, likevel ikke er skattepliktige. Samtidig blir visse tap på aksjer ikke fradragsberettigede. Formålet med innføringen av fritaksmetoden er å forhindre kjedebeskatning og i tillegg oppnå en større grad av skattemessig likebehandling av investeringer i Norge og utlandet¹³. Etableringsvilkåret ble innført under fritaksmetoden samtidig med endringen i NOKUS-reglene, og innebærer at anvendelsesområdet for fritaksmetoden innsnevres når selskapet ikke er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet innenfor EØS-området. Dette følger § 2-38 (3) bokstav b og § 2-38 (5):

”inntekt eller tap på eierandel i selskap mv. som er hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS, jf. § 10-63, og inntekt på eierandel i selskap mv. som er hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS, jf. § 10-63 og som på tilsvarende vilkår som fastsatt i § 10-64 bokstav b ikke er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land, samt finansielt instrument med slike eierandeler som underliggende objekt”

og

¹² Skatteloven § 10-64 første ledd.

¹³ Ot.prp.nr.1 (2004 – 05) Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer, s. 53.

”Første ledd fritar for skatteplikt etter § 10-13 bare dersom skattyter er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land på tilsvarende vilkår som fastsatt i § 10-64 bokstav b”.

Av dette ser vi at det blir nødvendig å påvise at etableringsvilkåret er oppfylt for å kunne oppnå den skattefriheten, innenfor EØS-området, som fritaksmetoden åpner for. Dette var ikke nødvendig tidligere, men kom som tidligere nevnt av innføringen av etableringsvilkåret i NOKUS-reglene.

2 Norges forpliktelser under EØS-avtalen

2.1.1 Forpliktelsens grunnlag

Etableringsvilkåret har som nevnt sin bakgrunn i Cadbury Schweppes-dommen og etableringsretten, som er et utslag av reglene om de fire friheter. Grunnlaget for betydningen av de fire friheter er Norges forpliktelser etter EØS-avtalen. At de fire friheter er en del av EØS-retten følger av artikkel 1 i EØS-avtalen. Det er således EØS-retten som er bindende for Norge, ikke EU-retten. Likevel vil EU-retten være av betydning siden EFTA-domstolen plikter å følge EU-domstolens tolkning av EU-retten som er aktuell for EØS-retten, jfr. EØS-avtalen artikkel 6. Dette er naturlig når EØS-avtalen i all hovedsak skal gjenspeile store deler av EU-retten. At Norge er forpliktet etter EØS-avtalen følger allerede av EØS-avtalen som er folkerettslig bindende. Samtidig oppstilles det i EØS-avtalen en særskilt plikt til å gjennomføre EØS-retten i nasjonal rett på en korrekt måte, jfr. EØS-avtalen artikkel 3. Dette omtales ofte også som det alminnelige lojalitetsprinsippet.

2.1.2 Virkning for nasjonal rett

Norges forpliktelser etter EØS-avtalen er for det første gjennomført i internretten gjennom EØS-loven. Samtidig er EU/EØS-praksis bindende for Norge, for eksempel i forbindelse med de fire friheter, slik at praksis også får virkning for internretten. Som et eksempel på dette kan nevnes innføringen av etableringsvilkåret i internretten etter Cadbury Schweppes-dommen. Dommens konklusjon var at generelle regler mot skatteomgåelse er i strid med EU/EØS-retten hvis de rammer virksomheter som er ”reelt etablert og driver reell virksomhet” innenfor EU/EØS-området, jfr.:

”Accordingly, such a tax measure must not be applied where it is proven, on the basis of objective factors which are ascertainable by third parties, that despite the existence of tax motives that controlled company is actually established in the host Member State and carries on genuine economic activities there”.

På grunn av denne endringen anså lovgiver det som nødvendig å begrense rekkevidden av fritaksmetoden¹⁴ også, slik at denne var i samsvar med innholdet i NOKUS-reglene. I tillegg ble reglene for kildebeskatning under fritaksmetoden endret som følge av Fokus Bank-saken¹⁵. Bakgrunnen for disse endringene er Norges folkerettslige forpliktelser under EØS-avtalen og det faktum at de norske NOKUS-reglene kunne anses såpass like de engelske reglene som ble kritisert i Cadbury Schweppes-dommen. Dette bekreftes også i ot.prp.nr.1 (2007-2008), s. 58:

”Selv om de norske NOKUS-reglene ikke er identiske med de britiske CFC-reglene, er virkeområdet langt på vei sammenfallende. Dommen må derfor anses å være retningsgivende ved avgjørelsen av om NOKUS-reglene er forenlige med EØS-avtalen. På samme måte som de britiske CFC-reglene innebærer NOKUS-reglene at eiere av selskaper som omfattes av reglene behandles mindre gunstig enn norske skattytere som etablerer selskaper i Norge eller i andre skattejurisdiksjoner hvor disse reglene ikke kommer til anvendelse.”

Basert på lovendringene kan det virke som at lovgiver har oppfylt sine forpliktelser etter EØS-avtalen, men etter lovgivers formulering i forarbeidene, uttalelser og skatteetatens praksis kan det stilles spørsmål om den norske stat har forstått innholdet i etableringsvilkåret. Dette synspunktet deles også av Øyvind Hovland¹⁶ og Hammerich & Svendsby¹⁷. Hvis tilfellet er at Norge ikke har oppfylt sine forpliktelser etter EØS-avtalen vil dette for det første representere et traktatsbrudd og for det andre vil det kunne danne grunnlag for erstatningssøksmål fra private.

Når det gjelder traktatsbrudd følger det av EØS-avtalen artikkel 31 at det kan anlegges søksmål mot Norge ved EFTA-domstolen. Hvis det så skulle bli avsagt en fellende dom betyr dette at Norge faktisk har brutt EØS-retten og dermed blir forpliktet til å rette seg etter dommen, jfr. ODA-avtalen¹⁸ artikkel 33. Det er likvel sjeldent at det faktisk anlegges søksmål mot statene etter artikkel 31, slik at effekten av bestemmelsen hovedsakelig blir av preventiv karakter, ved at det mest er trusselen om søksmål som sikrer at statene innretter seg. Samtidig gjør det faktum at det sjeldent anlegges søksmål for EFTA-domstolen og at EFTA-domstolen ikke kan ilegge statene andre sanksjoner enn forpliktelsen til å rette seg etter dommen at statene har en viss treneringsmulighet. Det er på dette tidspunktet at det vil bli aktuelt for private

¹⁴ Skatteloven § 2-38.

¹⁵ Case E-1/04, Fokus Bank ASA v The Norwegian State, represented by Skattedirektoratet (the Directorate of Taxes).

¹⁶ Hovland, Øyvind, *NOKUS-reglene og fritaksmetodens krav til reelt etablert og forholdet til EØS-avtalen*, Skatterett 4/2012 s. 273 – 326.

¹⁷ P. Hammerich og V. K. Svendsby, *Verdipapirfond og etableringsvilkåret*, Revisjon og Regnskap 2/2014 s. 60 – 62.

¹⁸ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelsen av et Overvåkingsorgan og en Domstol, av 2. mai 1992 (ODA-avtalen).

å reise erstatningssøksmål for de nasjonale domstolene. Denne muligheten følger ikke direkte av EØS-avtalen, men er en ulovfestet regel som ble slått fast i Sveinbjörnsdóttir-saken¹⁹ og bekreftet i Karlsson-saken²⁰. Etter disse sakene kan private kreve kompensasjon for staters manglende gjennomføring av EØS-retten, jfr.:

”The Court finds that the homogeneity objective and the objective of establishing the right of individuals and economic operators to equal treatment and equal opportunities are so strongly expressed in the EEA Agreement that the EFTA States must be obliged to provide for compensation for loss and damage caused to an individual by incorrect implementation of a directive”²¹.

Etter dette vil private, som har lidt tap kunne anlegge erstatningssøksmål mot norske myndigheter for manglende gjennomføring av EØS-retten hvis norske myndigheter har tolket innholdet av etableringsvilkåret snevrere enn det som egentlig følger av EØS-retten. Samtidig vil ikke det faktum at norske myndigheter har tolket etableringsvilkåret snevrere enn det som følger av EØS-retten automatisk representere en manglende gjennomføring som gir rett til erstatning. I følge Sejersted m.fl.²² vil det først foreligge en manglende gjennomføring som gir rett til erstatning når 1) ”EØS-regelen må være av en karakter som er egnet til å gi private rettigheter”, 2) ”det må være årsakssammenheng mellom den manglende gjennomføringen og det tap den private har lidt” og 3) ”nasjonale myndigheters brudd på gjennomføringsforpliktelsen må være ”sufficiently serious” til å betinge erstatningsansvar”.

I denne oppgaven skal jeg ikke vurdere nærmere hvorvidt en eventuell feiltolkning av etableringsvilkåret av norske myndigheter vil gi private rett til erstatning, men basert på det som er nevnt ovenfor er det klart at norske myndigheter kan risikere flere sanksjoner hvis det skulle vise seg at de ikke har innført EØS-retten (herunder etableringsvilkåret) på riktig måte.

2.1.3 Kort om ESA og EFTA-domstolen²³

Siden Norge er forpliktet til å etterleve sine EØS-forpliktelser er det opprettet flere kontrollorganer som kan kontrollere at forpliktelsene etterleves. Når det gjelder tolkning av EU/EØS-retten er det kontrollorganene ESA og EFTA-domstolen som har størst betydning, slik at det kan være gunstig med en kort gjennomgang av de nevnte kontrollorganene.

ESA, eller EFTA Surveillance Authority, er et overnasjonalt kontrollorgan som skal påse at nasjonale myndigheter i EFTA-statene etterlever sine EØS-forpliktelser. Dette omfat-

¹⁹ Case E-9/97, Erla María Sveinbjörnsdóttir v Iceland.

²⁰ Case E-4/01, Karl K. Karlsson hf. V The Icelandic State.

²¹ Case E-9/97, Erla María Sveinbjörnsdóttir v Iceland, paragraph 60.

²² F. Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004, s. 197.

²³ Fremstillingen er basert på F. Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004.

ter både implementering, forvaltning og etterleving av EØS-forpliktelsene. Opprettelsen av ESA er hjemlet i ODA-avtalen artikkel 4 til 26. ESA opptrer som et klageorgan og kan anlegge sak mot EFTA-statene, enten etter klage fra private eller på eget initiativ.

EFTA-domstolen er en domstol som er opprettet i henhold til EØS-avtalen artikkel 108 (2) og ODA-avtalen²⁴ artikkel 27 til 41. Det er EFTA-domstolen som avgjør rettslige spørsmål knyttet til EØS-retten for EFTA-landene. Domstolen er konstruert som en forminskutt utgave av EU-domstolen og behandler i all hovedsak tre sakstyper, traktatsbruddsøksmål, ugyldighetssøksmål og rådgivende uttalelser. Fred. Olsen-saken, som behandles under pkt. 3.2.3, er et eksempel på en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen.

3 Innholdet i etableringsvilkåret, basert på EU/EØS-praksis

3.1 Tolkning av etableringsvilkåret i EU/EØS-retten

3.1.1 Innledning

For å kunne vurdere det EU/EØS-rettslige innholdet i etableringsvilkåret er det nødvendig med en tolkning av Cadbury Schweppes-dommen.

Cadbury Schweppes-dommen angikk et britisk selskap som ble etablert i Irland for å oppnå en gunstigere beskatning. Selskapet ble således underlagt de britiske CFC-reglene²⁵, og hovedspørsmålet i saken var om etableringsfriheten etter artikkel 43 EC og artikkel 48 EC var til hinder for restriktiv skattelovgivning (slik som CFC-regler).

3.1.2 Etableringsretten og forhindring av kunstige arrangementer

Før retten vurderer CFC-reglene i lys av artikkel 43 og 48 EC velger den å kommentere hvorvidt en etablering i en annen stat enn opprinnelsesstaten kun på bakgrunn av gunstigere skattelovgivning i seg selv representerer misbruk av etableringsfriheten, i premiss 34:

”it is important to answer the national court’s initial question seeking to ascertain whether the fact that a company established in a Member State establishes and capitalises companies in another Member State solely because of the more favourable tax regime applicable in that Member State constitutes an abuse of freedom of establishment”.

Retten slår deretter fast at en etablering med kun det formål å oppnå gunstigere skattelovgivning, på bakgrunn av rettspraksis, ikke kan representere et misbruk av etableringsretten. Se som eksempel premiss 37, 49 og 50:

²⁴ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelsen av et Overvåkingsorgan og en Domstol, av 2. mai 1992.

²⁵ Controlled Foreign Companies, den britiske versjonen av NOKUS-reglene.

”As to freedom of establishment, the Court has already held that the fact that the company was established in a Member State for the purpose of benefiting from more favourable legislation does not in itself suffice to constitute abuse of that freedom”

”it is settled case-law that any advantage resulting from the low taxation to which a subsidiary established in a Member State other than the one in which the parent company was incorporated is subject cannot by itself authorise that Member State to offset that advantage by less favourable tax treatment of the parent company”

”It is also apparent from case-law that the mere fact that a resident company establishes a secondary establishment, such as a subsidiary, in another Member State cannot set up a general presumption of tax evasion and justify a measure which compromises the exercise of a fundamental freedom guaranteed by the Treaty”.

Det gis med andre ord inntrykk av at reglene om etableringsretten er vidtgående og at det skal en del til før det foreligger misbruk av etableringsretten. Dette er en henvisning til den ulovfestede misbruksdoktrinen som er utviklet av EU-domstolen, og det henvises til Centros-²⁶ og Inspire Art-saken²⁷. Denne misbruksdoktrinen innebærer at internrettslig skattelovgivning kan anvendes fullt ut hvis det antas at det foreligger misbruk av etableringsretten. Denne misbrukslæren er en del av hoveddelen i EØS-avtalen og er dermed også en del av norsk internrett, jfr. EØS-loven § 1.

Etter å ha slått fast at skatteomgåelse ikke er tilstrekkelig til å representere misbruk av etableringsretten poengterer retten også at nasjonale tiltak, slik som restriktiv skattelovgivning, likevel kan begrense etableringsfriheten hvis de spesifikt rammer *kunstige arrangementer med formål om å unngå skatt*, jfr.:

”On the other hand, a national measure restricting freedom of establishment may be justified where it specifically relates to wholly artificial arrangements aimed at circumventing the application of the legislation of the Member State concerned”.

Det er innholdet i denne omgåelsesnormen som er kjernen i Cadbury Schweppes-dommen. Det vises videre til ICI-²⁸, Lankhorst-²⁹, Lasteyrie-³⁰ og Marks & Spencer-saken³¹. En finner likevel ikke noen spesiell veiledning om denne omgåelsesnormen i de aktuelle sakene, men normen ble først introdusert i ICI, premiss 26:

²⁶ Case C-212/97, Centros Ltd. v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

²⁷ Case C-167/01, Inspire Art Ltd. v Kamer von Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam.

²⁸ Case C-264/96, Imperial Chemical Industries plc v Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes).

²⁹ Case C-324/00, Lankhorst-Hohorst GmbH v Finanzamt Steinfurt, paragraph 37.

”As regards the justification based on the risk of tax avoidance, suffice it to note that the legislation at issue in the main proceedings does not have the specific purpose of preventing wholly artificial arrangements, set up to circumvent United Kingdom tax legislation, from attracting tax benefits, but generally to all situations in which the majority of a group’s subsidiaries are established, for whatever reason, outside the United Kingdom. However, the establishment of a company outside the United Kingdom does not, of itself, necessarily entail tax avoidance, since that company will in any event be subject to the tax legislation of the State of establishment”.

Her fremgår det at det i EU-retten kan oppstilles to former for skatteomgåelse, skatteomgåelse i vid forstand og skatteomgåelse i snever forstand. Skatteomgåelse i snever forstand (gjennom rent kunstige arrangementer) er ikke godtatt, mens skatteomgåelse i vid forstand er godtatt. Det kan antas at skatteomgåelse i vid forstand er godtatt i EU-retten siden et forbud mot dette ville kunne representere en aksept av reduksjon av skatteproveny som et legitimt hensyn for restriktive skatteregler. Se som eksempel generaladvokatens betenkning i Cadbury Schweppes-dommen, premiss 88:

”The use of that formula, the language of which reproduces that of the doctrine of ‘abuse of rights’, may be understood as intended to prevent the counteraction of tax avoidance from being used as a pretext for protectionism. Application of Community law may be refused only when the company in question relies on it abusively because it has set up an artificial arrangement in order to avoid tax”.

Det avgjørende spørsmålet blir dermed hvorvidt det foreligger et kunstig arrangement med formål om å unngå skattelovgivningen, og innholdet i denne vurderingen presenteres i premiss 52 til 56 av Cadbury Schweppes-dommen.

”It is necessary, in assessing the conduct of the taxable person, to take particular account of the objective pursued by the freedom of establishment (see, to that effect, *Centros*, paragraph 25, and *X and Y*, paragraph 42)”

”That objective is to allow a national of a Member State to set up a secondary establishment in another Member State to carry on his activities there and thus assist economic and social interpenetration within the Community in the sphere of activities as self-employed persons (see Case 2/74 *Reyners* [1974] ECR 631, paragraph 21). To that end, freedom of establishment is

³⁰ Case C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministère de l’Économie des Finances et de l’Industrie*, paragraph 50.

³¹ Case C-446/03, *Marks & Spencer plc v David Halsey (Her Majesty’s Inspector of Taxes)*.

intended to allow a Community national to participate, on a stable and continuing basis, in the economic life of a Member State other than his State of origin and to profit therefrom (Case C-55/94 *Gebhard* [1995] ECR I-4165, paragraph 25)”

”Having regard to that objective of integration in the host Member State, the concept of establishment within the meaning of the treaty provisions on freedom of establishment involves the actual pursuit of an economic activity through a fixed establishment in that State for an indefinite period (see Case C-221/89 *Factortame and Others* [1991] ECR I-3905, paragraph 20, and Case C-246/89 *Commission v United Kingdom* [1991] ECR I-4585, paragraph 21). Consequently, it presupposes actual establishment of the company concerned in the host Member State and the pursuit of genuine economic activity there”

”It follows that, in order for a restriction on the freedom of establishment to be justified on the ground of prevention of abusive practices, the specific objective of such a restriction must be to prevent conduct involving the creation of wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality, with a view to escaping the tax normally due on the profits generated by activities carried out on national territory”

”Like the practices referred to in paragraph 49 of *Marks & Spencer*, which involve arranging transfers of losses, within a group of companies, to companies established in the Member States which apply the highest rates of taxation and in which the tax value of those losses is therefore the highest, the type of conduct described in the preceding paragraph is such as to undermine the right of the Member States to exercise their tax jurisdiction in relation to the activities carried out in their territory and thus to jeopardise a balanced allocation between Member States of the power to impose taxes (see *Marks & Spencer*, paragraph 46)”

Av premiss 52 ser vi at retten legger til grunn at etableringsretten danner et bakteppe for vurderingen av om en etablering er å anse som ”wholly artificially arrangement...”, slik at det blir avgjørende for vurderingen hva som kan anses som en etablering etter EU-retten. Samtidig påpekes det i premiss 55 og 56 at etableringsretten ikke skal undergrave hensynet til en balansert beskatningsrett, jfr. ”*such as to undermine the right of the Member States to exercise their tax jurisdiction in relation to the activities carried out in their territory and thus to jeopardise a balanced allocation between Member States of the power to impose taxes*”. Dette tilsier at etableringsretten ikke skal hindre at inntekt som i realiteten skriver seg fra aktivitet i ett land unndras gjennom etablering i et annet land, slik at vi ville fått en kunstig overføring av skattefundament. Dette påpekes også i generaladvokatens betenkning, premiss 85:

”According to the case-file, the United Kingdom legislation on CFCs was adopted to counter a specific type of tax avoidance by means of the artificial diversion of profits made in the United Kingdom. According to that Member State, it is to counter the diversion of the profits of a resident company by establishing a subsidiary in a low-tax country and carrying out intra-group

transactions whose primary objective is to transfer those profits to that subsidiary. The referring court asks whether the national legislation in question can be justified by that objective”.

Det må uansett presiseres at inntektene må oppstå som følge av aktivitet som *faktisk* er utført i et annet land enn etableringsstaten. At aktiviteten like gjerne kunne vært utført i en annen stat enn etableringsstaten er ikke godt nok, jfr. premiss 69 i Cadbury Schweppes-dommen:

”On the other hand, as pointed out by the Advocate General in point 103 of his Opinion, the fact that the activities which correspond to the profits of the CFC could just as well have been carried out by a company established in the territory of the Member State in which the resident company is established does not warrant the conclusion that there is a wholly artificial arrangement”.

Innholdet i etableringsretten blir deretter presentert i premiss 53 og 54. Det legges her til grunn at hensynet bak etableringsretten er å åpne for etablering i andre medlemsstater slik at denne kan fortsette sin aktivitet der og på denne måte fremme økonomisk og sosial interpenetrering fellesskapsområdet. Etableringsretten skal dermed gjøre det mulig for et subjekt å *delta på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv*, og dette blir dermed vurderingsnormen for om det foreligger et kunstig arrangement eller ikke. Det oppstilles således et krav om utøvelse av en genuin økonomisk aktivitet gjennom et fast sted i etableringsstaten for en ubestemt tid. Dette tilsier at all økonomisk aktivitet i etableringsstaten må vurderes for å kunne avgjøre om etableringsvilkåret er oppfylt. Videre henvises det til Gebhard-saken³² og Factortame-saken³³, som presiserer innholdet i etableringsretten. For eksempel følger det av Gebhard, premiss 23 og 25 at innholdet i etableringsretten er vidtgående og at det kun er marginale aktiviteter som faller utenfor. Som et utslag av dette kan også nevnes premiss 68 i Cadbury Schweppes-dommen, der rent kunstige arrangementer for eksempel vil være postkasseselskaper og skallselskaper, jfr.:

”If checking those factors leads to the finding that the CFC is a fictitious establishment not carrying out any genuine economic activity in the territory of the host Member State, the creation of that CFC must be regarded as having the characteristics of a wholly artificial arrangement. That could be so in particular in the case of a ”letterbox” or ”front” subsidiary (see Case C-341/04 *Eurofood IFSC* [2006] ECR I-3813, paragraphs 34 and 35)”.

Et postkasseselskap er i EU-rettslig sammenheng et selskap som ikke utøver noen som helst form for virksomhet i den medlemsstaten den er hjemmehørende, jfr. *not carrying out any*

³² Case C-55/94, Reinhard Gebhard v Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano.

³³ Case C-221/89, The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and Others.

business in the territory of the Member State in which its registered office is situated, jfr. premiss 35 i Eurofood-saken³⁴. I tillegg følger det av Factortame, premiss 35, at den økonomiske aktiviteten utøves gjennom et fast sted når det foreligger et ”*centre for directing the operations*” i vertsstaten. Dette vil for eksempel kunne være særlig aktuelt i vurderinger av om holdingselskaper og fondsstrukturer er reelt etablerte. Det uttales også i Gebhard, premiss 39, at kravet til etablering må vurderes på bakgrunn av etableringsstatens lovgivning for det aktuelle subjektet og den aktuelle type aktivitet, jfr.:

”The provider of services, within the meaning of the Treaty, may equip himself in the host Member State with the infrastructure necessary for the purposes of performing the services in questions... The possibility for a national of a Member State to exercise his right of establishment, and the conditions for his exercise of that right, must be determined in the light of the activities which he intends to pursue on the territory of the host Member State”.

Vi ser dermed at innholdet i etableringsretten er avgjørende for hvilke vurderingsmomenter som skal legges til grunn ved vurderingen av om etableringsvilkåret er oppfylt eller om det foreligger et kunstig arrangement med det formål å omgå skattelovgivningen. Utover dette oppstilles det ingen spesielle vurderingsmomenter i Cadbury Schweppes-dommen, men det vises til generaladvokatens betenkning og her oppstilles det flere vurderingsmomenter som er aktuelle.

3.1.3 Aktuelle vurderingsmomenter i generaladvokatens betenkning

Som nevnt under pkt. 1.3.2 vil innholdet i generaladvokatens betenkning ha betydning for innholdet av EU-dommen, og vurderingsmomentene som oppstilles her vil derfor være relevante ved vurderingen av etableringsvilkåret.

I premiss 111 til 114 i sin betenkning til Cadbury Schweppes-dommen oppstiller ca. tre vurderingsmomenter som er aktuelle ved vurderingen av etableringsvilkåret. De aktuelle vurderingsmomentene følger av premiss 111:

”First, the degree of physical presence of the subsidiary in the host State, secondly, the genuine nature of the activity provided by the subsidiary and, finally, the economic value of that activity with regard to the parent company and the entire group”.

Det første vurderingsmomentet gjelder således subjektets fysiske tilstedeværelse i etableringsstaten, og er videre definert i premiss 112:

³⁴ Case C-341/04, Eurofood IFSC Ltd.

”The first of those criteria relates to whether the subsidiary is genuinely established in the host State. It means examining whether the subsidiary has the premises, staff and equipment necessary to carry out the services provided to the parent company which have resulted in the reduction of the tax due in the State of origin”.

Vi ser her at det første vurderingsmomentet angår hvorvidt et selskap er etablert i etableringsstaten gjennom en fysisk tilstedeværelse på bakgrunn av hvorvidt subjektet har de nødvendige lokaler, ansatte og utstyr for å faktisk kunne utføre tjenester. I dette tilfellet henvises det til transaksjoner mellom mor- og datterselskap, slik at det vil være nødvendig for datterselskapet å ha ressursene til å yte kontraktsrettslige ytelser til mor for å unngå at det kan anses som et kunstig arrangement og at realitet blir at aktiviteten reelt sett ytes av morselskapet.

Når det gjelder det andre vurderingsmomentet angår dette innholdet i den aktiviteten som subjektet utøver i etableringsstaten og blir definert i premiss 113:

”The second of those criteria relates to the genuine nature of the services provided by the subsidiary. In that connection, it is a question of looking at the competence of the subsidiary’s staff in relation to the services provided and the level of decision-making in carrying out those services. If, for example, the subsidiary proves to be nothing but a mere tool of execution because the decisions necessary to carry out the services it is paid for are taken at another level, it is also right to consider that the subjection of those services to the tax sovereignty of the host State constitutes a wholly artificial arrangement”.

Etter dette har det betydning hvilken kompetanse de ansatte i subjektet innehar, både med tanke på ytelsene som subjektet leverer og med tanke på ledelsen av subjektet. I premisset siktes det for eksempel til det tilfellet at et datterselskap kun opptrer som et redskap for morselskapet, ved at det er morselskapet som fatter alle avgjørelser for datterselskapet og datterselskapet kun effektuerer disse. I et slikt tilfelle vil etableringen av datterselskapet representere et kunstig arrangement som ikke har beskyttelse av etableringsretten. Samtidig må det her trekkes en grense mot allokering av virksomhet. At et morselskap velger å allokere en del av virksomheten til en annen stat, gjennom opprettelsen av et datterselskap, er i seg selv ikke nok til å anse det som et kunstig arrangement så lenge datterselskapet fatter og utfører egne beslutninger, jfr. premiss 119:

”the fact that a parent company decided to relocate certain services necessary for the pursuit of its activities in a low-tax State for the purpose of reducing its tax burden is not relevant to a finding of tax avoidance”.

Det siste vurderingsmomentet som oppstilles i premiss 111 gjelder den økonomiske verdien av den ytelsen som subjektet utøver, særlig i forhold til morselskapet og andre deler av konsernet. Innholdet i dette vurderingsmomentet følger av premiss 114:

”The third criterion, relating to the value added by the subsidiary’s activity, is no doubt trickier to apply where the services provided by it in fact reflect the exercise of genuine activities in the host State. This criterion seems to me to be relevant, however, in so far as it might make it possible to take account of an objective situation in which the services provided by the subsidiary have no economic substance in the light of the parent company’s activity. If that were the case, I think it can be accepted that there is a wholly artificial arrangement because there appears, in effect, to be no consideration for the payment by the parent company for the services in question”.

Her presiseres det at dette vurderingsmomentet er vanskeligere å vurdere, særlig hvis andre forhold tilsier at subjektet er etablert i etableringsstaten, slik at etableringsretten egentlig går foran den restriktive skattelovgivningen. Det vil likevel kunne foreligge et kunstig arrangement hvis for eksempel ytelsen fra et datterselskap til et morselskap ikke har noen økonomisk realitet i forhold til morselskapets aktivitet. Siden morselskapet ikke mottar noen reell motytelse fra datterselskapet, for betalingene som går til datterselskapet, vil det oppstå en kunstig overføring av et skattefundament og etableringen av datterselskapet må således anses som et kunstig arrangement.

3.2 Særlig om truster og fondsstrukturer

3.2.1 Innledning

Siden Cadbury Schweppes-dommen hovedsakelig gjaldt transaksjoner mellom selskaper er det ikke helt åpenbart at innholdet i etableringsvilkåret etter Cadbury Schweppes-dommen også gjelder for truster og fondsstrukturer, siden organiseringen av truster og fondsstrukturer ofte skiller seg vesentlig fra selskaper. Det må likevel kunne legges til grunn at etableringsvilkåret gjelder generelt og må kunne anses som oppfylt når det aktuelle subjektet på en fast og varig måte deltar i etableringsstatens næringsliv³⁵. Dette synspunktet ble også bekreftet gjennom Fred. Olsen-saken³⁶. Det aktuelle spørsmålet blir dermed hvilke vurderingsmomenter som skal legges til grunn når det skal vurderes om truster og/eller fondsstrukturer oppfyller etableringsvilkåret.

3.2.2 Om truster og fondsstrukturer

Siden truster og fondsstrukturer har relativt mye til felles når det gjelder organisering og aktivitet vil disse bli behandlet under ett. Før vi ser på vurderingsmomentene for truster og fonds-

³⁵ Jfr. Cadbury Schweppes-dommen.

³⁶ Joined cases E-3/13 and E-20/13 Fred. Olsen and Others v The Norwegian State.

strukturer er det likevel nødvendig å se litt nærmere på det regulatoriske rundt fondsstrukturer og truster.

Verdipapirfond (eller bare fond) er en *selvstendig formuesmasse oppstått ved kapitalinnskudd fra en ubestemt krets av personer mot utstedelse av andeler i fondet og som for det vesentlige består av finansielle instrumenter og/eller innskudd i kredittinstitusjon*, jfr. verdipapirfondloven³⁷ § 1-12 (1) nr. 1. Fondsstrukturene kan i all hovedsak deles inn i UCITS-fond og ikke-UCITS-fond. I Norge skiller vi mellom UCITS-fond og spesialfond, etter verdipapirfondloven, men spesialfond har her et snevrere innhold enn ikke-UCITS-fond. UCITS-fond er fond som er etablert i henhold til UCITS-direktivet³⁸, mens spesialfond og ikke-UCITS-fond er fond som ikke er underlagt de investeringsrestriksjonene som følger av UCITS-direktivet. Fra 22. juli 2013 er forvaltningen av alle fond i EU, som ikke er UCITS-fond, regulert gjennom AIFM-direktivet³⁹. Når det gjelder UCITS-direktivet er formålet med dette å legge til rette for et europeisk marked for regulerede investeringsprodukter for ikke-profesjonelle investorer. Blant midlene som tas i bruk for å oppnå dette formålet er et krav om at alle EØS-landene åpner for at forvaltningsselskaper for UCITS-fond kan forvalte fond etablert i andre EØS-land. Det faktum at et verdipapirfond skal forvaltes av et forvaltningsselskap er et av kjennetegnene ved fond og følger også av verdipapirfondloven § 1-3. Dette gjør det også unødvendig for fondet å ha egne ansatte, lokaler osv. Det samme kravet om muligheten for forvaltning i et annet EØS-land enn etableringslandet følger også av AIFM-direktivet, og i dagens samfunn er det ikke uvanlig at et fond etableres i en stat, men forvaltes av et forvaltningsselskap etablert i en annen stat.

De forskjellige fondsstrukturene er normalt underlagt gunstige skatteregler når de er hjemmehørende i fondsjurisdiksjoner i EØS, slik som for eksempel Irland og Luxembourg. Fondene er her fritatt for beskatning og dette gjelder både for aksjeinntekter og renteinntekter. I tillegg påløper det ikke kildeskatt ved utdeling til investorer.

Når det kommer til behandlingen av fondsstrukturene i Norge følger reglene om inntektsbeskatningen i utgangspunktet av reglene for beskatning av aksjeselskaper, jfr. skatteloven § 10-1 første ledd og § 2-2 første ledd bokstav e. Etter skatteloven § 10-1 (3) er verdipapirfond som eier minst én aksje definert som aksjefond. De fondene som ikke faller inn under denne definisjonen behandles skattemessig som obligasjonsfond. Aksjefond omfattes av fritaksmetoden som subjekt. Konsekvensen av dette er at aksjefond ikke er skattepliktig for gevinst og lovlig mottatt utbytte på aksjer i selskaper/andeler i aksjefond hjemmehørende i EØS-området. I tillegg er aksjefonds gevinster ved realisasjon av aksjer i selskaper utenfor EØS fritatt for skatteplikt. Når det gjelder renteinntekter blir disse skattlagt uten fradrag for utde-

³⁷ Lov nr. 44 av 25. november 2011 om verdipapirfond.

³⁸ Direktiv 2009/65/EC Undertakings for Collective Investments in Transferable Securities Directive (UCITS).

³⁹ Direktiv 2011/61/EU Alternative Investment Fund Managers Directive (AIFM).

linger til investorene, og med en sats på 27 %. Basert på det ovenfornevnte ser vi at fond vil kunne oppnå betydelige skattefordeler, i tillegg til andre forretningsmessige fordeler, ved etablering i fondsjurisdiksjoner som Irland og Luxembourg. Dette gjelder særlig for kombinasjonsfond og alternative investment funds der andelseierne er aksjeselskaper eller tilsvarende, siden disse vil være underlagt gunstige beskatningsregler i etableringsstaten og utdelinger fra fondene vil kunne omfattes av den norske fritaksmetoden.

For truster er det særegne ved dem at det skilles mellom formelt eierskap, som holdes av en eller flere forvaltere, og de som er berettiget til å nyte godt av trustens midler. Forvalternes eierrådighet utøves derfor ikke på egne vegne, men i samsvar med stiftelsesforutsetningene (på benefisiensens vegne). De som har rett til trustens midler, er normalt (men ikke alltid) andre enn dem som har formell rettslig rådighet over midlene⁴⁰.

Av dette ser vi at ved vurderingen av om truster og fondsstrukturer oppfyller etableringsvilkåret må de relevante vurderingsmomentene være noe annerledes enn for selskaper siden det ikke kan stilles de samme kravene om ansatte, lokaler osv. når den økonomiske aktiviteten hos truster og fondsstrukturer er forutsatt å foregå på en annen måte, hhv. gjennom forvaltere.

3.2.3 Fred. Olsen-saken

3.2.3.1 Innledning

Fred. Olsen-saken omhandlet i all hovedsak hvorvidt en trust, i denne sammenheng Ptarmigan Trust, var beskyttet av etableringsretten og oppfylte etableringsvilkåret. Etter at Høyesterett i sin avgjørelse av 10. juni 2002 slo fast at NOKUS-reglene kom til anvendelse på Ptarmigan Trust mente benefisiensene i Ptarmigan Trust at skattleggingen av trusten, på bakgrunn av NOKUS-reglene, var i strid med etableringsfriheten etter artikkel 31 i EØS-avtalen. Fred. Olsen-saken ble således innledet ved at Sentralskattekontoret for storbedrifter ønsket en uttalelse fra EFTA-domstolen i anledning flere spørsmål knyttet til den skattemessige behandlingen av Ptarmigan Trust. Det ble referert syv spørsmål til EFTA-domstolen, men i vårt tilfelle er kun besvarelsene av spørsmål 1 og 2 av interesse.

3.2.3.2 Om truster og etableringsretten (spørsmål 1 og 2)

Det første spørsmålet EFTA-domstolen blir bedt om å vurdere er om truster som subjekt er beskyttet av etableringsretten, jfr. premiss 56:

”Do trusts as a form of establishment fall within the scope of the freedom of establishment provided for in Article 31 EEA?”.

⁴⁰ Se NOU 2009:19

Skatteparadis og utvikling, pkt. 3.4.

Det andre spørsmålet er stilt under den forutsetning at truster er beskyttet av etableringsretten og angår hvorvidt truster oppfyller kravet til reell økonomisk aktivitet, jfr. premiss 56:

”If the first main question is answered in the affirmative: Does a trust meet the requirement of economic activity provided for in Article 31 EEA?”.

Ved behandlingen av det første spørsmålet slår retten først fast at etableringsretten omfatter alle subjekter som er etablert i tråd med lovgivningen i etableringsstaten, innenfor EU/EØS-området, uavhengig av om subjektet anses som et eget rettssubjekt eller ikke, jfr premiss 93:

”The right of establishment, provided for in Articles 31 to 34 EEA, is granted both to natural persons who are nationals of an EEA State and to legal entities (”companies or firms”), no matter whether they have legal personality or not, provided they have been formed in accordance with the law of an EU State or an EFTA State and have their registered office, central administration or principal place of business within the territory of the Contracting Parties”.

Det faktum at et subjekt ikke anses som et eget rettssubjekt i opprinnelsesstaten kan dermed ikke hindre subjektet i å ha beskyttelse av etableringsretten når det er etablert i tråd med lovgivningen i etableringsstaten. Videre påpekes det at innholdet i etableringsretten er veldig bredt og skal gjøre det mulig for en trust/selskap etablert i en EU/EØS-stat å delta på en fast og varig måte i en annen EU/EØS-stat for på denne måten fremme økonomisk og sosial interpenetrering innen EU/EØS, jfr. premiss 94:

”The concept of establishment within the meaning of the EEA Agreement is therefore a very broad one, allowing an EEA national to participate, on a stable and continuous basis, in the economic life of a EEA State other than his State of origin and to profit therefrom, thus contributing to economic and social interpenetration within the EEA”.

Retten følger videre opp med at det er hensynet bak etableringsretten, nemlig å fremme økonomisk interpenetrering, som begrunner beskyttelse fra etableringsretten. Det avgjørende for om et subjekt er beskyttet av etableringsretten er dermed om det oppfyller etableringsvikåret ved å være reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet i etableringsstaten, jfr. premiss 95, 96 og 100:

”Having regard to that objective of integration, the right of establishment covers all measures which permit or even merely facilitate access to other EEA States and the pursuit of an economic activity in those States by allowing the persons concerned to participate in the economic life of the country effectively and under the same conditions as national operators”

”Accordingly, the concept of establishment under Article 31 and 34 EEA has a specific EEA meaning and must not be interpreted narrowly. Thus, any person or entity, such as a trust, that pursues economic activities that are real and genuine must be regarded as taking advantage of its right of establishment under Articles 31 and 34 EEA”

”Provided that those conditions are fulfilled, neither the status under national law of the legal entity employed to that end, the income level of the establishment nor the origin of its funds can have any consequence as to whether or not there is an establishment for the purposes of EEA law”.

Etter dette kan det i tråd med EU/EØS-retten ikke oppstilles regler om at noen subjekter er beskyttet av etableringsretten, mens andre ikke er det. Det må foretas en konkret vurdering av om subjektet oppfyller etableringsvilkåret eller ikke, og de som oppfyller vilkåret vil ha beskyttelse av etableringsretten. Denne beskyttelsen dekker også andre parter tilknyttet subjektet. Dette påpekes også i premiss 103:

”In the light of the preceding considerations, the answer to the first two questions must be that a trust such as Ptarmigan Trust falls within the scope of Article 31 EEA provided that the trust pursues a real and genuine economic activity within the EEA for an indefinite period and through a fixed establishment... All interested parties, that is to say the trust’s settlors, trustees and beneficiaries hold the rights under Articles 31 and 34 EEA”.

Retten går deretter over til å vurdere spørsmål nr. 2 om en trust kan anses for å drive reell økonomisk virksomhet. Denne vurderingen kan i følge retten ikke utføres på et abstrakt nivå, men må utføres konkret for hvert enkelt tilfelle og må utføres av den nasjonale domstolen, jfr. premiss 99 og 101:

”Whether the entity in question conducts a real and genuine economic activity cannot be answered in the abstract.”

”The national courts must thereby base their examination on the objective and verifiable elements set out in paragraphs 96 to 99 of this judgment and make an overall assessment of all the circumstances of the case relating to the activities concerned”.

Premiss 101 legger videre til grunn at vurderingen av om en trust oppfyller etableringsvilkåret må baseres på en helhetsvurdering av om trusten utfører reell økonomisk aktivitet. Dette svarer med vurderingsnormen om fast og varig deltakelse i etableringsstatens næringsliv som ble oppstilt i Cadbury Schweppes-dommen. Samtidig påpekes det at vurderingen må basere seg på de objektive elementene som oppstilles i premiss 96 til 99.

Av premiss 96 følger det at etableringsvilkåret er et fellesskapsrettslig begrep og må ikke tolkes snevert. Dette eksemplifiseres også gjennom premiss 177, der postkasseselskaper anses å falle utenfor etableringsvilkåret. Innholdet i reel økonomisk aktivitet blir deretter utdypet i premiss 97 til 99, jfr:

”The essential feature of real and genuine business activities that constitute establishment is that a person or an entity carries on a business, such as by offering services, which are effected for consideration, for an indefinite period through a fixed establishment”

”A fixed establishment may be gained and maintained by such activities as settling personally in the host State, establishing the seat of management there and/or recruiting staff to perform the services that may be required from the establishment there. In contrast, an entity not carrying out any business in another EEA State, due to the extent it exists in terms of premises, staff and equipment, and whose incorporation may thus not reflect economic reality cannot invoke Articles 31 and 34 EEA due to its lack of actual economic activity”

”It depends on the actual terms of the entity’s statutes, such as, in the case at hand, the trust’s deed, and the actual activities of that entity and its management. If a specific assessment reveals, for example, that the trust is involved in the management of a group’s companies or other activities for a group, such as managing a pool of resources, and its actual incorporation reflected its actual activities, it has to be regarded as a real and genuine economic activity, which constitutes establishment. As the Commission stated in response to a question from the bench, it is not required that the economic activities take effect in the EEA State of establishment. It suffices that they take effect in the EEA”.

Det blir her presisert at kjernen av reell økonomisk aktivitet er når et subjekt driver virksomhet, ved for eksempel å tilby tjenester, gjennom et fast driftssted over en ubestemt tid. Et fast driftssted blir videre definert som det stedet der det foregår enten sysselsetting av personer, etablering av ledelse eller rekruttering av arbeidspersonell. I tillegg vises det til det samme vurderingsmomentet som det første vurderingsmomentet i generaladvokatens betenkning i Cadbury Schweppes-dommen, om at et subjekt som ikke utøver virksomhet på bakgrunn av sine lokaler, ansatte og utstyr ikke kan anses å oppfylle etableringsvilkåret. Videre må trusten i seg selv vurderes. Dette innebærer at aktuelle vurderingsmomenter også er subjektets retningslinjer eller vedtekter, for eksempel trustens gjerninger, faktiske aktiviteter og trustens ledelse av aktiviteter. Det vil således være av betydning om trusten deltar i ledelsen av gruppens aktiviteter, gjennom for eksempel ledelse av gruppens ressurser, og om dens faktiske ledelse og administrering har betydning for gruppens aktiviteter.

Resultatet av saken er dermed at en vurdering av etableringsvilkåret er avgjørende for om et subjekt er beskyttet av etableringsretten, og etableringsvilkåret skal vurderes i tråd med

vurderingsnormen i Cadbury Schweppes-dommen, men basert på de vurderingsmomentene oppstilt i premiss 96 til 99 når subjektene er truster eller fondsstrukturer, jfr. premiss 179:

”In those circumstances, in order for the legislation on CFCs to comply with EEA law, the taxation provided for by that legislation must be excluded where, despite the existence of tax motives, the incorporation of a CFC or the holding of assets that constitutes capital movement reflects economic reality, based on the considerations, as regards the right of establishment, set out in paragraphs 96 to 99 of this judgement and, as regards the free movement of capital, set out in paragraphs 120 to 124 of this judgement”.

3.3 Oppsummering

Basert på gjennomgangen av Cadbury Schweppes-dommen og generaladvokatens betenkning til denne er det klart at det avgjørende for om etableringsvilkåret i EU-retten er oppfylt er om subjektet deltar på en *fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv*. Dette er en generell vurderingsnorm, som er omfattende i den forstand at den er vidtdekkende og unntakene blir ofte eksemplifisert ved postkasseselskaper eller skallselskaper. Hvorvidt det foreligger en fast og varig deltakelse må bero på en helhetsvurdering, der innholdet i etableringsretten virker som et bakteppe samtidig som vurderingsmomentene oppstilt i generaladvokatens betenkning blir tillagt stor vekt. Disse momentene angår den fysiske tilstedeværelsen gjennom lokaler, ansatte, utstyr osv., de ansattes kompetanse til å treffe relevante beslutninger og den økonomiske verdien av tjenestene som blir ytet. Selv om det må antas at vurderingsnormen om kunstige arrangementer i Cadbury Schweppes-dommen gjelder generelt og dermed også for truster og fondsstrukturer er ikke vurderingsmomentene oppstilt i saken nødvendigvis like aktuelle for truster og fondsstrukturer, og må derfor vurderes på en litt annen måte. På dette punktet er vurderingene i Fred. Olsen-saken retningsgivende. For truster blir det således nødvendig å vurdere trustens aktiviteter, særlig gjennom trustens gjerninger, faktiske aktiviteter og trustens ledelse av gruppens aktiviteter. Aktiviteten trusten utøver for gruppen må i tillegg faktisk ha betydning for gruppens aktiviteter. De samme momentene vil være aktuelle ved vurderingen av fond, slik at det blir nødvendig å legge vekt på all aktivitet som utøves av fondet. Både forvalterens aktivitet og all annen økonomisk aktivitet som utøves av fondet må således tas med i vurderingen.

4 Innholdet i etableringsvilkåret, basert på lovgiver og skatteetatens praksis

4.1 Tolkning av "det norske etableringsvilkåret"

4.1.1 Lovtekst og forarbeider

De aktuelle lovbestemmelsene er i dette tilfellet skatteloven.⁴¹ § 2-38 (3) bokstav a, § 2-38 (5) og § 10-64 bokstav b, og lyder som følger:

"inntekt eller tap på eierandel i selskap mv. som er hjemmehørende i lavskatteland utenfor EØS, jf. § 10-63, og inntekt på eierandel i selskap mv. som er hjemmehørende i lavskatteland innenfor EØS, jf. § 10-63 og som på tilsvarende vilkår som fastsatt i § 10-64 bokstav b ikke er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land, samt finansielt instrument med slike eierandeler som underliggende objekt"⁴²,

"Første ledd fritar for skatteplikt etter § 10-13 bare dersom skattyter er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i et EØS-land på tilsvarende vilkår som fastsatt i § 10-64 bokstav b"⁴³

og

"deltakeren dokumenterer at selskapet eller innretningen reelt er etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der, og Norge i medhold av skatteavtale eller annen folkerettslig overenskomst kan kreve utlevert opplysninger fra etableringsstaten. Dersom det ikke foreligger slik overenskomst, gjelder tilsvarende når deltakeren legger fram erklæring fra skattemyndighetene i etableringsstaten som bekrefter at dokumentasjonen er riktig".⁴⁴

Bestemmelsene er ikke helt like i ordlyden, men det må kunne legges til grunn at innholdet er ment å være det samme. Dette bekreftes også i ot.prp.nr.1 (2007-08), s. 60:

"Der fritaksmetodens anvendelse avhenger av hvorvidt et selskap mv. er hjemmehørende i EØS, tilsier formålet om å hindre tilpasninger og skatteomgåelse at det bør stilles samme krav til reell etablering/virksomhet i EØS-staten som i NOKUS-tilfellene. Med et slikt krav vil man for eksempel motvirke at inntekter strømmer skattefritt gjennom selskaper uten noen reell økonomisk aktivitet eller vesentlig økonomisk nærvær i EØS-staten. En slik gjennomstrøm-

⁴¹ Lov nr. 14 av 26. mars 1999 om skatt av formue og inntekt.

⁴² Skatteloven § 2-38 (3) bokstav a

⁴³ Skatteloven § 2-38 (5)

⁴⁴ Skatteloven § 10-64 bokstav b

ming med skattefrihet som virkning ville være i strid med formålet bak fritaksmetoden om å unngå kjedebeskatning og ville også kunne medføre utilsiktet tap av skattegrunnlag til utlandet”.

Uttrykkene ”etablert” og ”økonomisk aktivitet” viser til etableringsretten i artikkel 31 i EØS-avtalen, uttrykkene ”reelt”, ”reell” og ”der” viser til hensynet til å forhindre kunstige arrangementer og proporsjonalitetsvurderingen. Siden innholdet i etableringsretten ble behandlet under pkt. 3.1.2, er det ikke behov for å gå inn på dette i denne delen av oppgaven. Hovedfokus i denne delen av oppgaven blir å se på hva som ligger i den norske tolkningen av ”reelt etablert” og ”reell økonomisk aktivitet”, også betegnet som *etableringsvilkåret* i denne oppgaven. I begge tilfellene er ordlyden ”reelt etablert” og driver ”reell økonomisk aktivitet” både vid og fleksibel. Det er heller ingen presiseringer av ordlyden i selve lovteksten, slik at det blir nødvendig å tolke bestemmelsen i lys av forarbeidene for å forstå hva som var/er lovgivers mening.

I forarbeidene til lovendringen (ot.prp.nr.1 (2007-08), s. 57 – 60/pkt. 14.), som innførte etableringsvilkåret i sktl. §§ 2-38 og 10-64, behandles forholdet til Cadbury Schweppesdommen slik:

”For å hindre tilpasninger og skatteomgåelse bør det stilles samme minstekrav om reell etablering og økonomisk aktivitet i etableringsstaten for at fritaksmetoden skal komme til anvendelse. Departementet foreslår følgelig at det lovfestes et krav om at det utenlandske selskapet må være reelt etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk aktivitet der for at fritaksmetoden skal komme til anvendelse på inntekter fra aksjeinvesteringer... EF-domstolen presiserte at det i denne vurderingen særlig måtte legges vekt på etableringens formål, som er å gi en statsborger i én EU-stat mulighet til å delta i det økonomiske liv i en annen medlemsstat på en stabil og vedvarende måte. Fra dette formålet utledet domstolen at et datterselskap må være reelt etablert i vertsstaten og utøve reell økonomisk aktivitet der, for at det skal foreligge en etablering som er beskyttet av reglene om etableringsretten. Domstolen uttalte videre at denne vurderingen må baseres på objektive faktorer som er etterprøvbare for en tredjepart. I denne sammenheng er det spesielt relevant i hvilken grad det utenlandske selskapet rent fysisk er etablert i den aktuelle stat, for eksempel ved at det har egne lokaler, eget personale og egne driftsmidler... Slik departementet ser det, kan en utenlandsetablering være reell og drive reell økonomisk aktivitet, selv om selskapets inntekter hovedsakelig er av passiv karakter. For eksempel vil holdingselskaper hjemmehørende i EØS som driver finansaktiviteter innen et konsern eller forvalter immaterielle eiendeler mv. normalt anses for å ha inntekter som er ’hovedsakelig av passiv karakter’... For at etableringen og virksomheten skal anses reell, må det kreves at selskapet gjennom sin ordinære virksomhet deltar på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv. Det må foretas en konkret vurdering, hvor relevante momenter er om selskapet disponerer over lokaler, inventar og utstyr i etableringsstaten, om selskapet har fast ansatt ledelse og øvrige ansatte i etableringsstaten som driver selve virksomheten der og om de nevnte ansatte har tilstrekkelige kvalifikasjoner, kompetanse og fullmakt til å drive selskapets

virksomhet, samt faktisk treffer relevante beslutninger. Videre må det vurderes om selskapets aktivitet har økonomisk substans, blant annet ved påviselige inntekter fra egen virksomhet”.

Av forarbeidene kan vi se at lovgiver har ønsket å tilpasse norsk internrett til EØS-retten etter Cadbury Schweppes dommen. Kort oppsummert følger det av forarbeidene at innholdet av etableringsvilkåret er følgende: 1) Det må legges særlig vekt på etableringens formål. Dette er å gi en statsborger i én EU-stat muligheten til å delta i det økonomiske liv i en annen medlemsstat på en stabil og vedvarende måte. 2) Vurderingen må baseres på objektive faktorer som er etterprøvbare for en tredjepart, og spesielt relevant her er hvilken grad det utenlandske selskapet rent fysisk er etablert i den aktuelle stat, for eksempel ved at det har egne lokaler, eget personale og egne driftsmidler. 3) En utenlandsk etablering kan være reell og drive reell økonomisk aktivitet, selv om selskapets inntekter hovedsakelig er av passiv karakter. 4) Det må kreves at selskapet gjennom sin ordinære virksomhet deltar på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv. Dette må baseres på konkrete vurderinger, der relevante momenter er om selskapet disponerer over lokaler, inventar og utstyr i etableringsstaten, om selskapet har fast ansatt ledelse og øvrige ansatte i etableringsstaten som driver selve virksomheten der og om de nevnte ansatte har tilstrekkelige kvalifikasjoner, kompetanse og fullmakt til å drive selskapets virksomhet, samt faktisk treffer relevante beslutninger.

Basert på overnevnte vurderingsmomenter virker det som lovgiver har lagt seg etter det samme innholdet i etableringsvilkåret som Cadbury Schweppes-dommen oppstiller. Dette er nemlig de samme vurderingsmomentene som oppstilles i Cadbury Schweppes-dommen og i generaladvokatens forslag til avgjørelse, og det avgjørende er om selskapet deltar på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv. Dette er også kjernen i etableringsretten, som danner grunnlaget for beskyttelse fra restriktiv skattelovgivning. Innholdet i etableringsvilkåret er likevel ikke helt i tråd med Cadbury Schweppes, på grunn av et siste vurderingsmoment som oppstilles i forarbeidene, nemlig at 5) det også må vurderes om selskapets aktivitet har økonomisk substans, blant annet ved påviselige inntekter. Et vurderingsmoment som omhandler økonomisk substans er ikke nødvendigvis i strid med Cadbury Schweppes, siden vurderingsmomentene i Cadbury Schweppes også kan anses anvendelige ved en vurdering av om selskapet har økonomisk substans. Det er likevel problematisk at lovgiver oppstiller et krav om påviselige inntekter, når dette ikke nødvendigvis er en forutsetning for å drive økonomisk aktivitet.

Som tidligere nevnt har skatteetaten i forbindelse med flere saker tolket innholdet av etableringsvilkåret. For at vi skal kunne danne oss et helhetlig bilde av etableringsvilkåret i den norske internretten, er det derfor nødvendig å undersøke hvordan skatteetaten har tolket innholdet av etableringsvilkåret i tillegg til det som følger av lovteksten og forarbeidene.

4.1.2 Praksis

4.1.2.1 UTV-2007-1027

Denne uttalelsen ble gitt av Finansdepartementet i brev til Skattedirektoratet som respons til Cadbury Schweppes-dommen, og gjaldt forholdet mellom NOKUS-reglene og EØS-avtalen. Det ble fastslått at NOKUS-reglene fortsatt skulle gjelde, men at anvendelsen skulle begrenses av EØS-retten, slik at NOKUS-regelene ikke kan anvendes der et selskap er beskyttet av etableringsfriheten. Se følgende utdrag fra uttalelsen:

”Utgangspunktet er at NOKUS-reglene fortsatt skal gjelde generelt. Når det gjelder selskaper hjemmehørende i en EØS-stat, innebærer imidlertid EF-domstolens avgjørelse at NOKUS-beskatning av norske eierselskaper vil begrenses gjennom EØS-avtalens regler om etableringsfrihet. Dommen tilsier at reglene ikke kan anvendes dersom NOKUS-selskapet er reelt etablert i en EØS-stat og driver reell økonomisk virksomhet i etableringsstaten.”

Slik som forarbeidene⁴⁵ gir uttalelsen fra utvalget inntrykk av at det er ønskelig at norsk internrett er i tråd med EU-retten. Utvalget gir deretter uttrykk for vurderingsmomenter for innholdet av etableringsvilkåret⁴⁶:

”For at etableringen og virksomheten på denne måten skal anses reell, må det kreves at selskapet gjennom sin ordinære virksomhet deltar på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv. Ved denne vurderingen, må det blant annet legges vekt på:

- Om selskapet disponerer over lokaler, inventar og utstyr i etableringsstaten;
- Om selskapet har fast ansatt ledelse og øvrige ansatte i etableringsstaten som driver selve virksomheten der;
- Om de nevnte ansatte har tilstrekkelige kvalifikasjoner, kompetanse og fullmakt til å drive selskapets virksomhet, samt faktisk treffer relevante beslutninger;
- Om selskapets aktivitet har økonomisk substans, blant annet ved påviselige inntekter fra egen virksomhet; og
- Dersom selskapet hovedsakelig deltar i konserninterne transaksjoner, om selskapets tjenester er nødvendige og skaper faktiske merverdier for den nærstående parten”.

Også i denne uttalelsen kan det virke som at det er ønskelig at norsk internrett er innholdsmessig lik EU/EØS-retten når det gjelder etableringsvilkåret, men basert på de to siste vurderingsmomentene som oppstilles kan det likevel stilles spørsmål ved om innholdet i norsk internrett er lik innholdet etter Cadbury Schweppes-dommen.

⁴⁵ Ot.prp.nr.1 (2007-08) Skatte- og avgiftsopplegget 2008 – lovendringer.

⁴⁶ ”Reelt etablert” og ”reell økonomisk aktivitet”.

De to siste vurderingsmomentene som oppstilles i uttalelsen er henholdsvis at aktiviteten må ha økonomisk substans, blant annet gjennom påviselige inntekter fra egen virksomhet, og at selskapets tjenester er nødvendige og skaper faktiske merverdier for en nærstående part, hvis selskapet hovedsakelig deltar i konserninterne transaksjoner. At selskapet må ha økonomisk substans er, som nevnt under pkt. 4.1.1, naturlig siden det er den økonomiske substansen som gir selskapet beskyttelse av etableringsfriheten og som skal vurderes etter Cadbury Schweppes-dommen. Mer problematisk er kravet om at det må foreligge påviselige inntekter fra egen virksomhet for at et selskap skal ha økonomisk substans. I tillegg er det problematisk at Finansdepartementet oppstiller et vilkår om at konserninterne transaksjoner må være nødvendige og skape faktiske merverdier for en nærstående part. At konserninterne transaksjoner må skape faktiske merverdier for at subjektet ikke skal bli ansett som et kunstig arrangement er forutsatt i generaladvokatens betenkning, *"the services provided by it in fact reflect the exercise of genuine activities"*, jfr premiss 114. Hvorvidt de konserninterne transaksjonene må være nødvendige er derimot et annet spørsmål. Spesielt siden det kan utledes av generaladvokatens betenkning at det er fullstendig legitimt å etablere et datterselskap i et lavskatteland for å yte konserninterne tjenester til andre konsernselskap slik at konsernets globale skattekostnad reduseres, jfr. premiss 109:

"Likewise, in my view, the fact that a company centralises in another Member State with a low tax rate the carrying on of certain activities or fuse to the entire group and seeks by that means to reduce the group's overall tax burden does not in itself constitute abuse. In such a case, as long as the subsidiary responsible for those intragroup services is carrying on genuine economic activity in the host State, under the tax sovereignty of which it falls, the territorial allocation of the Member States' power to impose taxes is not, a priori, affected".

Resultatet blir således at etableringsvilkåret i den norske internretten gir inntrykk av å være i tråd med EU/EØS-retten, mens den i virkeligheten får et snevrere innhold enn det som kan antas å følge av EU/EØS-retten.

4.1.2.2 BFU 30/09

I en BFU av 19. november 2009 (heretter BFU 30/09) ble det vurdert om et investeringsselskap i et EØS-land var reelt etablert og drev reell økonomisk aktivitet i det aktuelle landet. Kort oppsummert⁴⁷ forløp saken slik: En større gruppe norske investorer ønsket å etablere et selskap i en EØS-stat for derigjennom å foreta investeringer innenfor og utenfor EØS. Skattedirktoratet konkluderte, på grunnlag av den virksomheten som var planlagt i etableringsstaten, at selskapet ville bli ansett som reelt etablert og ville drive reell økonomisk virksomhet i

⁴⁷ Basert på sammendrag fra Lovdata.

etableringsstaten. Ved sin vurdering av om selskapet ville oppfylle etableringsvilkåret, ble vurderingsmomentene fra forarbeidene⁴⁸ angitt som retningsgivende for vurderingen, jfr. s. 8:

”I lovforarbeidene, Ot.prp.nr.1 (2007-2008) s. 58 spalte 2, angis hvilke momenter som inngår i den helhetsvurdering som må gjøres for å fastslå om etableringen og virksomheten skal anses som reell (dvs. ikke et rent kunstig arrangement)”.

Skattedirektoratet vurderte deretter inngående, på side 11, om den økonomiske aktiviteten til selskapet, for å avgjøre om etableringsvilkåret er oppfylt:

”Selv om investeringsprofilen vil være langsiktig, er det betydelige beløp som skal forvaltes... Aktiviteten må derfor anses som betydelig og vil, etter de opplysninger som er gitt, synes tilstrekkelig til å fylle de ansattes dagsverk... Skattedirektoratet finner det etter dette ikke nødvendig å gå nærmere inn på om det er relevant også å ta hensyn til det arbeid innleide forvaltere skal gjøre... Selskapet skal ha sin faste tilstedeværelse i EØS-landet og drive sin ervervs-messige virksomhet der. Målet med investeringene vil nettopp være at Selskapet skal gi god avkastning til sine eiere på de investerte midler... På denne bakgrunn må Selskapet bli å anse som reelt etablert og med reell økonomisk virksomhet i EØS-landet”.

Ved første blick kan Skattedirektoratets vurdering av selskapets økonomiske aktivitet virke logisk og i tråd med både forarbeidene og Cadbury Schweppes-dommen. Det legges vekt på selskapets tilstedeværelse i etableringsstaten og den økonomiske aktiviteten som faktisk utøves, i tråd med det sentrale vurderingsmomentet om at et selskap må delta på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv. Skattedirektoratets vurdering må likevel anses som problematisk i dette tilfellet. Bakgrunnen er at Skattedirektoratets vurdering av selskapets økonomiske aktivitet vurderes under vurderingsmomentet om at selskapet er organisert og drevet i samsvar med hva som er ordinært i Norge og i den annen stat, jfr. s. 9 – 10:

”Et sentralt moment for vurderingen, etter Finansdepartementets uttalelse, er om det utenlandske selskapet er organisert og drevet i samsvar med hva som er ordinært i Norge og i den annen stat... Samlet sett vil den aktivitet som er beskrevet, og som skal utøves av de to ansatte i EØS-landet, måtte anses å tilsvare den aktivitet som utøves i et norsk investeringsselskap... Forvaltningen og dermed Selskapets aktivitet vil ha store likhetstrekk med aktiviteten i et norsk selskap innen samme bransje”.

At et selskaps aktivitet vurderes i lys av hva som er ordinært for tilsvarende selskaper i etableringsstaten er ikke i seg selv problematisk, da dette vil kunne være en del av vurderingen av om selskapet deltar på en fast og varig måte i etableringslandet. Kravet om at selskapets akti-

⁴⁸ Ot.prp.nr.1 (2007-08) Skatte- og avgiftsopplegget 2008 – lovendringer.

vitet skal vurderes etter hva som er ordinært i Norge kan derimot ikke være riktig. Det kan ikke oppstilles et slikt vilkår etter Cadbury Schweppes-dommen eller EU/EØS-retten, og har ingen tilknytning til etableringsfriheten, der det alltid vil være aktiviteten i etableringsstaten som er sentralt. Derfor må det kunne hevdes at Finansdepartementet gjennom sin uttalelse⁴⁹, som referert til i sitatet over, igjen snevrer inn innholdet av etableringsvilkåret gjennom å oppstille et krav om aktivitet av et slikt omfang som ville vært ordinært i Norge.

4.1.2.3 UTV-2010-1240

En uttalelse fra Finansdepartementet den 5. juli 2010 gjaldt spørsmålet om utenlandske holdingselskaper hjemmehørende i EØS og forholdet til bestemmelsen om lavskatteland i skatteloven § 2-38 tredje ledd. Siden et holdingselskaps aktivitet ofte vil være annerledes enn et vanlig selskap er det ikke åpenbart at det er beskyttet av etableringsfriheten. Det må likevel antas at også holdingselskaper er beskyttet av etableringsfriheten etter Cadbury Schweppes-dommen. Dette legges også til grunn i uttalelsen fra Finansdepartementet på side 2.:

”Anses et selskap som hjemmehørende i et lavskatteland, vil inntekt på selskapsandelen (i form av utbytte eller gevinst) bli beskattet etter de ordinære regler på norsk selskapsdeltakers hånd, og tap vil som hovedregel være fradragsberettiget. Unntak gjelder for inntekt fra selskaper hjemmehørende i EØS hvis selskapet er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet i EØS-landet”.

I uttalelsen fra Finansdepartementet vurderes det ikke hvorvidt holdingselskapet anses reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet, men det subjektive momentet i etableringsvilkåret kommenteres i en viss grad:

”Selv om det ikke stilles spørsmål om betydningen av kriteriet reell etablering i brevet, bemerker vi at dersom det aktuelle nederlandske selskapet anses for å være reelt etablert og drive reell økonomisk aktivitet i Nederland, vil det ikke være nødvendig å foreta noen lavskattelandsvurdering, jf. skatteloven § 2-38 annet ledd bokstav a og tredje ledd bokstav a. En konklusjon som går ut på at et selskap *ikke* er reelt etablert/driver reell økonomisk aktivitet i en stat, forutsetter at skattemyndighetene anser at det foreligger et skatteomgåelsesmotiv. Dersom en samlet vurdering viser at nederlandsk beskatning av det aktuelle selskapet ikke vil kunne bli gunstigere enn norsk beskatning ville vært, vil det ikke kunne foreligge et slikt skatteomgåelsesmotiv. Dette vil for eksempel kunne være tilfelle dersom det nederlandske selskapets inntekter utelukkende er oppebåret gjennom aksjer som ville kvalifisert under den norske fritaksmetoden”.

⁴⁹ Finansdepartementets uttalelse av 29. september 2009, inntatt i Utv. 2009 s. 1280.

Det faktum at det ikke blir nødvendig å vurdere om et selskap er reelt etablert eller driver reell økonomisk aktivitet hvis det ikke foreligger et skatteomgåelsesmotiv må anses som klart, men uttalelsens kommentarer om når det vil foreligge et skatteomgåelsesmotiv er ikke nødvendigvis like treffsikker. I tillegg virker det som at departementet innfører et subjektivt moment i etableringsvilkåret. Etter EU-retten vil det ikke foreligge skatteomgåelse i snever forstand kun ved å oppnå gunstigere beskatning i etableringsstaten. Dette slås tydelig fast i Cadbury Schweppes-dommen premiss 49 og 50. Skatteomgåelsesmotivet må være knyttet til et kunstig arrangement, jfr. ”by creating artificially the conditions laid down for obtaining it”. For at det skal foreligge skatteomgåelse i snever forstand må den gunstigere skatteposisjonen erverves *gjennom* opprettelsen av et kunstig arrangement. Dermed kan det stilles spørsmål om Finansdepartementets synspunkt, om inntekt fra aksjer som ville kvalifisert under den norske fritaksmetoden, er i tråd med EU/EØS-retten eller om Finansdepartementet ønsker å gi skatteomgåelsesmotivet større betydning enn hva det er tiltenkt etter EU/EØS-retten. Dette synspunktet underbygges av uttalelsen i departementets melding til Stortinget⁵⁰, pkt. 9.8.2:

”Etter departementets oppfatning vil det subjektive motivet nødvendigvis måtte tre sterkere fram i slike tilfeller av manglende objektivt konstaterbare fakta. I tilfeller hvor det synes klart at skatteomgåelse er motivet bak en etablering, bør dette etter departementets oppfatning tale imot å anerkjenne et holdingselskap (eller annet selskap som normalt ikke krever noen fysisk tilstedeværelse i etableringsstaten) som reelt etablert i EØS. Dette gjelder selv om selskapet i utgangspunktet er organisert på samme måte som tilsvarende norske holdingselskaper”.

Samtidig må det presiseres at skatteomgåelsesmomentet kun er en forutsetning for vurderingen av etableringsvilkåret. Vurderingen av de subjektive motivene bak etableringen er ikke en del av vurderingen av om etableringsvilkåret er oppfylt. På bakgrunn av Cadbury Schweppes-dommen må det oppstilles et skille mellom det saklige innholdet av etableringsvilkåret og det subjektive motivet bak etableringen, der det kun er det saklige innholdet av etableringsvilkåret som er avgjørende for om et selskap skal anses reelt etablert eller ikke. På bakgrunn av uttalelsen kan det virke som at departementet har misforstått Cadbury Schweppes-dommen også på dette punktet.

4.1.2.4 BFU-2014-2

Den foreløpig siste BFUen som ble gitt i forbindelse med etableringsvilkåret ble avgitt 29. januar 2014, og relaterte seg til ervervet av et holdingselskap, Holding Ltd. Holding Ltd eide aksjer i selskaper i lavskatteland utenfor EØS (DD Ltd), hadde ikke noen form for operasjonell virksomhet og heller ingen ansatte. Innsender anførte at det ikke forelå skattemotiv bak opprettholdelse av Holding Ltd etter oppkjøpet og at selskapet derfor var reelt etablert. Direk-

⁵⁰ Meld. St. 11 (2010-11).

toratet kom til at det forelå betydelige skattemessige fordeler ved å eie Holding Ltd, og at kravet til skattemotiv var oppfylt under reelt etablert-vurderingen etter skatteloven § 10-64 bokstav b.

I likhet med uttalelsen fra Finansdepartementet i Utv. 2010 s. 1240 blir kun det subjektive motivet bak etableringen vurdert, og det vises også til uttalelser fra Utv. 2010 s. 1240 i Skattedirektoratets vurdering. Se som eksempel uttalelsen på side 6:

”Hvis det på den annen side synes klart at selskapet ikke vil kunne oppnå noen skattebesparelse sammenlignet med hva situasjonen ville vært om etableringen hadde ligget i Norge, vil det ikke kunne sies å foreligge noe fiktivt arrangement for å omgå skattereglene. Dette er også uttalt i Finansdepartementets brev av 5. juli 2010, inntatt i Utvalget 2010 s. 1240”.

Etter min mening er ikke nødvendigvis resultatet i BFUen feil, men det kan anses som problematisk at etableringsvilkårets subjektive innhold baseres på andre vurderingsmomenter enn det som oppstilles i EU/EØS-retten. Særlig kan her nevnes tolkningen av det subjektive motivet bak etableringen og dette motivets betydning for vurderingen av etableringsvilkåret⁵¹. Etter Cadbury Schweppes-dommen er, som tidligere nevnt, det subjektive momentet at formålet må være å spare skatt *gjennom* opprettelsen av det kunstige arrangementet

Skattedirektorates vurdering gir først inntrykk av å følge retningslinjene fra EU/EØS-retten ved å legge til grunn at hvorvidt det foreligger et formål om å spare skatt gjennom opprettelsen av et kunstig arrangement må baseres på objektive karakteristikk, jfr. s. 10:

”Direktoratet legger til grunn at ved vurderingen av skattemotiv må man se hen til objektive karakteristika. Avgjørende er om det kan påvises tilstrekkelige objektive omstendigheter (synbare for tredjemann) til å understøtte at det ikke er skattemotivet, men andre forretningsmessige grunner til at selskapet er blitt etablert i den aktuelle staten”.

Resultatet er dermed at hvis det ikke foreligger et formål om å unngå skatt gjennom opprettelsen av et kunstig arrangement vil det heller ikke være nødvendig å vurdere om det foreligger et kunstig arrangement. Så langt er dette i tråd med EU/EØS-retten. Mer problematisk blir det når skattedirektoratet i sin vurdering velger å se bort fra de konkrete handlingene som gjorde det mulig å oppnå de skattemessige fordelene, og istedenfor velger å legge større vekt på resultatet av handlingene, som i dette tilfellet var gunstigere skatteposisjoner. Se følgende uttalelse på side 12:

”Ved å eie aksjene i Holding Ltd. kan Kjøper AS i utgangspunktet bl.a. ta ut en eventuell gevinst ved salg av aksjene i DD Ltd (på 34 mill) skattefritt. Slik direktoratet ser det kan Kjøper

⁵¹ Dette er de samme problemene som ble poengtert i Utv. 2010 s. 1240

AS oppnå betydelige skattemessige fordeler ved å eie aksjene i Holding Ltd... Direktoratet legger etter dette til grunn at det foreligger et skatteomgåelsesmotiv”.

Basert på denne BFUen vil det foreligge skatteomgåelse i snever forstand så lenge det kan konstateres at resultatet er en gunstigere skatteposisjon. Dette kan ikke anses å være i tråd med EU/EØS-retten. Det er måten skatteposisjonene er oppnådd på som skal vurderes og ikke resultatet alene. Vi får dermed en innsnevring av det subjektive innholdet i etableringsvilkåret også i denne saken. I tillegg virker det som at Skattedirektoratet innfortolker vurderingen av det subjektive motivet bak etableringen som en del av vurderingen av etableringsvilkåret, slik departementet gjorde i Utv. 2010 s. 1240. Også dette kan ikke sies å være i tråd med EU/EØS-retten, og representerer således enda en innsnevring av etableringsvilkåret i intern-retten.

4.2 Særlig om truster og fondsstrukturer

4.2.1 Om truster og fondsstrukturer

Når det gjelder innholdet av etableringsvilkåret, i forbindelse med fond og truster, i norsk internrett er det ved flere anledninger gitt uttalelser fra Finansdepartementet og Skattedirektoratet om hvordan dette skal vurderes. For å kunne vurdere innholdet av etableringsvilkåret i norsk internrett vil det dermed være hensiktsmessig å se nærmere på disse uttalelsene. Siden kjennetegnene ved truster og fondsstrukturer allerede har blitt behandlet viser jeg til behandlingen av truster og fondsstrukturer under pkt. 3.2.1 og 3.2.2.

4.2.2 UTV-2009-1280

Uttalelsen av 29. september 2009 fra Finansdepartementet angikk spørsmålet om utenlandske selskaper i EØS anses som subjekt og objekt under fritaksmetoden. Etter Aberdeen-saken var det etter Finansdepartementets syn nødvendig med en uttalelse om innholdet av kravet om ”tilsvarende selskaper” i skatteloven § 2-38. I tillegg valgte Finansdepartementet å kommentere innholdet av etableringsvilkåret i forbindelse med fondsstrukturer i den samme uttalelsen. Bakgrunnen for denne korrigeringen var en noe uheldig forvaltningspraksis rundt hvilke vurderingsmomenter som skulle legges til grunn ved vurderingen av om et fond oppfylte etableringsvilkåret eller ikke.

Finansdepartementet viser videre til forarbeidene⁵² om hvilke vurderingsmomenter som skal anvendes ved vurderingen av om etableringsvilkåret er oppfylt. Samtidig blir det presisert at vurderingsmomentene i forarbeidene ikke er like treffende for aksjefond, og at

⁵² Ot.prp.nr.1 (2007-08) Skatte- og avgiftsopplegget 2008 – lovendringer.

disse selskapstypene derfor må vurderes på en annen måte, jfr. henvisningen til forarbeidene på side 4:

”I Ot.prp.nr.1 (2007-2008) punkt 14.4.2 er det lagt til grunn at avgjørelsen av om selskapet er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet, må baseres på en konkret helhetsvurdering... Det er i forarbeidene angitt flere momenter som er relevante i denne sammenheng. Etter departementets syn vil disse momentenes relevans og vekt kunne variere ut fra hvilken selskaps- og virksomhetstype som vurderes. Når det gjelder aksjefond, har det vært reist spørsmål om slike fond kan anses som reelt etablert og drive reell økonomisk virksomhet selv om de ikke har ansatte, egne lokaler mv. Det følger av verdipapirlovgivningen at norske aksjefond ikke kan ha ansatte, men at fondet skal ha et forvaltningsselskap som står for forvaltningen. Dette vil normalt også være tilfelle for utenlandske aksjefond som anses å tilsvare norske aksjefond. Aksjefond kjennetegnes således ofte ved at de ikke har egne ansatte, lokaler mv., og at det er egne selskaper som står for forvaltningen. Etter departementets syn kan de nevnte momentene derfor ikke være avgjørende ved vurderingen av om et slikt fond er reelt etablert og driver reell aktivitet i et EØS-land. Et sentralt moment vil derimot være om fondet er organisert og driftet i samsvar med hva som må anses ordinært både i vedkommende stat og i Norge”.

Vurderingen av hvorvidt et aksjefond vil være reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet vil dermed måtte baseres på en helhetsvurdering. Dette er i tråd med EU/EØS-retten ved at det avgjørende er om selskapet deltar på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv. Samtidig oppstilles det ingen andre vurderingsmomenter for hvorvidt et aksjefond oppfyller etableringsvilkåret, med unntak av vurderingsmomentet om at fondet er organisert og driftes i samsvar med det som er ordinært i etableringsstaten og i Norge. Som nevnt under pkt. 4.1.2.2 er det ikke problematisk at et fond må vurderes i lys av hva som er ordinært for organisering og drifting i etableringsstaten, det må i stedet anses klart at dette er relevant ved vurderingen av om et selskap deltar i næringslivet i etableringsstaten. Det som er problematisk er som tidligere nevnt at fondet skal vurderes etter hva som er ordinær drift og organisering i Norge. Beskyttelse under etableringsfriheten er totalt uavhengig av det hva som er ordinært i opprinnelsesstaten. Dette vurderingsmomentet fra Finansdepartementet må således ikke kunne opprettholdes eller tillegges noen videre vekt, foruten momentet om drift og organisering i etableringsstaten. I tillegg til vurderingsmomentet om drift og organisering legger Finansdepartementet til grunn, på side 4, at det må foretas en vurdering av de subjektive motiver for arrangementet, jfr.:

”Det må således foretas en vurdering av de subjektive motiver for arrangementet. For å påvise de subjektive motiver, må det imidlertid ses hen til de objektive karakteristika. Det avgjørende må være at det ved en helhetsvurdering kan påvises tilstrekkelige objektive omstendigheter (synbare for en tredjemann) til å understøtte at det ikke er skattemotivet, men andre forretningsmessige grunner som er årsaken til at selskapet er blitt etablert i den aktuelle staten”.

Denne delen av uttalelsen er noe uklar. Det gis inntrykk av at de subjektive motiver for arrangementet må vurderes som en del av helhetsvurderingen av om fondet er reelt etablert og driver reell virksomhet, og at denne må baseres på objektive karakteristikk som viser at det ikke er de skattemessige motivene som er årsaken til etableringen. Dette kan tolkes på flere måter. En måte å tolke dette på er at Finansdepartementet innfortolker et skatteomgåelsesmotiv i reelt etablert kravet. Denne tolkningen er inntatt og kritisert av Hovland⁵³, da det følger av Cadbury Schweppes-dommen at motivet bak etableringene ikke kan tillegges betydning ved vurderingen av om etableringsvilkåret er oppfylt. Se også generaladvokatens betenkning i Cadbury Schweppes-dommen, premiss 55 og 57:

”In light of those considerations, in the absence of Community harmonisation it must be accepted that there is competition between the tax regimes of the various Member States”

”Those elements cannot, however, influence the scope of the rights conferred on economic operators by Article 43 EC and 48 EC”.

En annen tolkningsmåte er at uttalelsen gjelder det subjektive motivet bak etableringen, jfr. ”subjective element consisting in the intention to obtain a tax advantage”⁵⁴. Slik at det kun vil være aktuelt å vurdere om det foreligger et kunstig arrangement hvis det oppnås en skatteomgåelse *gjennom* opprettelsen av arrangementet, jfr ”by creating artificially the conditions laid down for obtaining it”⁵⁵. Denne tolkningen vil muligens ha det meste for seg da det vil være naturlig å kreve at det i tillegg til å foreligge et kunstig arrangement vil være nødvendig at det kunstige arrangementet er opprettet for å oppnå en skattefordel.

4.2.3 BFU-2013-13

Den 10. juni 2013 ble det avgitt en BFU fra Skattedirektoratet som har blitt kritisert av Hammerich og Svendsby⁵⁶. Et norsk selskap skulle etablere et fond i Luxembourg og gjøre investeringer i norske renteprodukter via dette fondet. Forvaltningen skulle utøves i Norge og det var kun rent administrative funksjoner som skulle utføres i Luxembourg. Direktoratet kom etter en konkret vurdering til at fondet ikke kunne anses reelt etablert i Luxembourg.

⁵³ Hovland, Øyvind, *NOKUS-reglene og fritaksmetodens krav til reelt etablert og forholdet til EØS-avtalen*, Skatterett 4/2012 s. 273 – 326.

⁵⁴ Cadbury Schweppes-dommen, premiss 64.

⁵⁵ Se Case C-94/05, Emsland-Stärke GmbH v Landwirtschaftskammer Hannover, premiss 53 og Case C-341/04, Halifax plc, Leeds permanent Development Services Ltd and County Wide Property Investments Ltd v Commissioners of Customs & Excise, premiss 75.

⁵⁶ P. Hammerich og V. K. Svendsby, *Verdipapirfond og etableringsvilkåret*, Revisjon og Regnskap 2/2014 s. 60 – 62.

Etter å ha gjennomgått rettskildene legger Skattedirektoratet, på side 11, tilsynelatende til grunn den samme vurderingsnormen for etableringsvilkåret som i Cadbury Schweppes-dommen, jfr:

”Direktoratet forstår imidlertid rettskildene slik at at dersom inntektene i Fondet oppstår som følge av økonomisk aktivitet utøvet fra en fast innretning med stabil og vedvarende tilstedeværelse utenfor Luxembourg, vil Fondet ikke være reelt etablert i Luxembourg”.

Dette er i tråd med den EU/EØS-rettslige normen om at et subjekt må delta på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv for å kunne nyte beskyttelse under etableringsfriheten. Skattedirektoratets videre vurdering må likevel anses som problematisk, siden direktoratet ikke vurderer om fondet deltar i næringslivet i etableringsstaten, men kun vurderer hvor fondets inntekt har sin opprinnelse. Opprinnelsen til fondets inntekt vil selvfølgelig kunne ha betydning, men direktoratet legger i uttalelsen altfor stor vekt på dette, og altfor liten vekt på hvordan fondet opptrer i etableringsstaten, se som eksempel uttalelsen på side 11 – 12:

”Direktoratet legger til grunn at selv om Fondet som sådan ikke har ansatte, kontor etc. så utøves en økonomisk aktivitet på vegne av Fondet som genererer Fondets inntekter... Videre forstår vi det slik at administrators oppgaver er av rent formell art og at disse ikke relaterer til utøvelse av selve den økonomiske aktiviteten i Fondet. Dvs. det som genererer inntekter for Fondet er ikke utøvelsen av de administrative funksjonene, men den aktiviteten som Forvalteren gjør gjennom investeringsanalyser og investeringsbeslutninger, samt gjennomføringen av disse, på vegne av Fondet. Administrator genererer bare kostnader, og administrators tjenester gir aldri opphav til inntekter for Fondet, selv om de er en nødvendig forutsetning for driften av Fondet. Administrators tjenester utgjør en form for hjelpetjenester til den økonomiske aktiviteten. Selv om slike administrative tjenester er nødvendige som følge av lovpålagte reguleringer av forskjellig slag, anser ikke direktoratet disse for å utgjøre kjernen i den økonomiske aktiviteten... Direktoratet forstår det slik at Fondets økonomiske aktivitet utøves på en stabil og vedvarende måte gjennom Forvalterens faste innretning i Norge, representert ved Forvalteren, og at Fondets inntekter oppstår som følge av forvalterens aktiviteter i Norge, og ikke som følge av de administrative tjenestene som utøves i Luxembourg”.

Denne vurderingsnormen må være å anse som altfor snever, og kan ikke anses som i tråd med EU/EØS-retten. Som påpekt, på side 62, i kritikken fra Hammerich og Svendsby kan det virke kunstig å fokusere for mye på hvor inntektene er opptjent istedenfor å fokusere på fondets aktivitet i etableringsstaten, jfr:

”Skattedirektoratet oppstiller i BFU 13/13 et skille mellom potensielt inntektsskapende aktiviteter og aktiviteter som ”bare” utgjør kostnader for fondet... dette skillet er det etter vår vurdering ikke grunnlag for i Cadbury Schweppes-dommen, eller i etterfølgende avgjørelser i EU-domstolen. Tvert imot tilsier avgjørelsen at det skal tas hensyn til all økonomisk aktivitet, også det som

eventuelt bare er kostnader. Det er også vår vurdering at det sjelden vil være praktisk mulig eller hensiktsmessig å skille mellom de ulike elementene av en virksomhets inntektsgrunnlag på den måten”.

Samtidig kan dette skillet ha gode grunner for seg. Aksjefond kjennetegnes som nevnt med at de ikke har egen ansatte, lokaler osv. slik at det vil kunne være naturlig å legge større vekt på hvor den inntektsskapende aktiviteten utøves. Hvis et fond etableres i en stat, men forvaltes i en annen stat vil det lett kunne oppstå muligheter for gjennomstrømming. I tillegg kan det stilles spørsmål ved om et fond som kun er organisert etter minimumskrav i etableringsstaten skiller seg veldig fra et ”postkasseselskap” (som ikke er beskyttet av etableringsfriheten, jfr. pkt. 3.1.2). I så fall er det spesielt at både UCITS-direktivet og AIFM-direktivet krever at et fond etablert i en stat skal kunne forvaltes også i en annen stat. Det ville vært unaturlig om organisering etter UCITS- og AIFM-direktivet skulle resultere i kunstige arrangementer. Av disse grunner kan ikke Skattedirektoratets vurdering i BFU 13/13 anses som helt treffende og det må legges til grunn at direktoratet ikke vurderer faktum etter normen om deltakelse i etableringsnæringsliv, men heller vurderer den inntektsskapende aktivitetens opprinnelse og således innsnevrer innholdet i etableringsvilkåret.

4.3 Oppsummering:

Som tidligere nevnt må innholdet i etableringsvilkåret i norsk internrett klarlegges gjennom en tolkning av ordlyden, forarbeidene og praksis. Basert på dette ser vi at lovgiver har hatt et ønske om å innføre den samme vurderingsnormen i internretten som etter EU/EØS-retten ved å henvise til at det må foreligge en fast og varig deltakelse i etableringsstatens næringsliv for at etableringsvilkåret skal være oppfylt. Vi får dermed en generell norm, som i utgangspunktet må anses som vidtgående. I forarbeidene blir vurderingsmomentene presisert, og disse er også i tråd med EU/EØS-retten helt til det oppstilles krav om økonomisk substans, gjennom påviselige inntekter, og et krav om nødvendighet i forhold til konserninterne transaksjoner.

Resultatet blir dermed at innholdet i etableringsvilkåret allerede i forarbeidene blir snevret inn. I tillegg til innsnevringen i forarbeidene blir innholdet i etableringsvilkåret videre innsnevret gjennom praksis fra Finansdepartementet og Skattedirektoratet. Særlig kan nevnes kravet rundt det subjektive elementet tilknyttet etableringsvilkåret. Det gis inntrykk av at det subjektive formålet bak etableringen skal anses som en del av vurderingen om etableringsvilkåret er oppfylt. Dette er det ingen holdepunkter for i EU/EØS-retten. Det subjektive elementet må heller komme inn i en tidligere vurdering av hvorvidt det bør vurderes om etableringsvilkåret er oppfylt eller ikke. Samtidig legger praksis altfor stor vekt på resultatet av etableringen, i stedet for å se på hvorfor etableringen ble foretatt i sin vurdering av det subjektive elementet.

Det som er nevnt ovenfor gjelder i all hovedsak behandlingen av ordinære selskaper og holdingselskaper, mens det, som i EU/EØS-retten, blir noe annerledes ved vurderinger av

truster og fondsstrukturer. For disse subjektene følger det også av internretten at vurderingene må foretas på en noe annen måte, men at vurderingsnormen vil være den samme (fast og varig deltakelse...). Samtidig innsnevres denne vurderingen gjennom et krav om at det skal vurderes om driften i etableringsstaten er lik det som ville vært ordinær drift i Norge. Dette er det ingen holdepunkter for i EU/EØS-retten da det kun vil være relevant å se på hva som er ordinært i etableringsstaten. I tillegg oppstilles det også et krav om at det kun er den potensielt inntektsskapende aktiviteten som får betydning som vurderingsmoment, slik at annen aktivitet og kostnader ikke får betydning som vurderingsmomenter. Dette blir et kunstig skille som ikke kan anses å ha støtte i EU/EØS-retten og som også fort kan bli vanskelig å praktisere.

5 Er norsk internrett i samsvar med EU/EØS-retten?

Etter gjennomgangen av etableringsvilkåret i EU/EØS-retten i kapittel 3 og internretten i kapittel 4, er det etter min mening ikke oppstilt det samme innholdet i norsk internrett som i EU/EØS-retten. Dette vil bli begrunnet i det følgende.

På bakgrunn av Cadbury Schweppes-dommen er det avgjørende for om etableringsvilkåret er oppfylt om subjektet deltar på en *fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv*. Denne vurderingsnormen blir ansett som vidtrekkende og unntakene blir eksemplifisert ved postkasseselskaper og skallselskaper, som tilsier at det skal en god del til for at etableringsvilkåret ikke skal være oppfylt. Når det gjelder selve vurderingen av om subjektet deltar i etableringsstatens næringsliv skal dette være en helhetsvurdering, basert på innholdet i etableringsretten og vurderingsmomentene som oppstilles i generaladvokatens betenkning. Disse momentene angår subjektets fysiske tilstedeværelse i etableringsstaten, kompetansen hos subjektets ansatte og verdien av tjenestene som ytes av subjektet.

Vurderingsnormen om fast og varig deltakelse i etableringsstaten gjelder også for truster og fondsstrukturer, men kan ikke vurderes etter de samme vurderingsmomentene på grunn av sin særegenhet. Dette slås også fast i Fred. Olsen-saken, som også er retningsgivende for hvilke vurderingsmomenter som er aktuelle for truster og fondsstrukturer. For truster og fondsstrukturer blir vurderingsmomentene de faktiske aktiviteter som utføres av fondet/trusten og hvordan fondet/trusten leder gruppen. I tillegg må aktiviteten som trusten/fondet utøver for gruppen ha en faktisk betydning for gruppens aktivitet.

Basert på rettskildebildet i norsk internrett og Norges forpliktelser etter EØS-avtalen skal dermed innholdet i etableringsvilkåret i norsk internrett gjenspeile innholdet etableringsvilkåret har i EU/EØS-retten, slik det er beskrevet ovenfor. Likvel må det kunne hevdes at etableringsvilkåret i internretten, etter en tolkning av lovens ordlyd, forarbeidene og etterfølgende praksis, ikke er det samme som i EU/EØS-retten. Internretten gir inntrykk av å være i tråd med EU/EØS-retten, ved å henvise til Cadbury Schweppes-dommen og vurderingsnormen om at et subjekt vil være reelt etablert og drive reell økonomisk virksomhet (etableringsvilkåret) når det utøver en *fast og varig deltakelse i etableringsstatens næringsliv*. Samtidig påpekes det at denne vurderingsnormen er vidtgående, men etter innholdet av forarbeidene og etterføl-

gende praksis blir denne vurderingsnormen langt snevrere enn vurderingsnormen i EU/EØS-retten. Etter disse rettskildene følger det at det i tillegg skal legges vekt på om subjektet har påviselige inntekter, at konserninterne transaksjoner skal være nødvendige og det subjektive motivet bak etableringen. Dette kan ikke sies å ha støtte i EU/EØS-retten. Når det gjelder det subjektive motivet bak etableringen har dette selvfølgelig betydning gjennom at det må forutsettes et skatteomgåelsesmotiv for at det skal være nødvendig å vurdere om etableringsvilkåret er oppfylt. Det problematiske er at internretten gir inntrykk av at dette subjektive momentet er en del av selve vurderingen av etableringsvilkåret, det saklige innholdet av etableringsvilkåret, og dette er det etter min mening ikke støtte for i EU/EØS-retten.

Også når det gjelder behandlingen av truster og fondsstrukturer blir innholdet av internretten snevrere enn EU/EØS-retten. Her må det selvfølgelig påpekes at uttalelsene fra Finansdepartementet og Skattedirektoratene på dette området kom før Fred. Olsen-saken og rettstilstanden for truster og fond innenfor EU/EØS-området var uklar på dette tidspunktet. Likevel var det klart at uttalelsen fra Cadbury Schweppes-dommen måtte anses å gjelde generelt og dermed også for truster og fondsstrukturer. I tillegg dannet etableringsretten som nevnt et bakteppe for vurderingen av om etableringsvilkåret er oppfylt og når internretten oppstiller et krav om at truster og fond skal vurderes etter hva som er normal drift i etableringsstaten og Norge er ikke dette i tråd med etableringsretten, som kun fokuserer på hva som er ordinær drift i *etableringsstaten*. Samtidig er vektleggingen av den potensielt inntektsskapende aktiviteten uheldig. Hvor inntektene til en trust eller et fond opptjenes er selvfølgelig av betydning, men det betyr ikke at andre aktiviteter som trusten eller fondet utøver ikke skal vektlegges i vurderingen av om fondet eller trusten deltar på en fast og varig måte i etableringsstatens næringsliv. Det følger også av UCITS-direktivet og AIFM-direktivet at det skal være mulig å forvalte et fond i en stat fra en annen stat. Selv om rettstilstanden rundt truster og fondsstrukturer i EU/EØS-retten var usikker har den nå fått en betydelig avklaring etter Fred. Olsen-saken, som er retningsgivende for vurderingen av etableringsvilkåret for truster og fondsstrukturer. Det må dermed kunne legges til grunn at selv om det ikke var gitt retningslinjer for behandlingen av truster og fondsstrukturer i EU/EØS-retten var ikke innholdet i etableringsretten i internretten i tråd med EU/EØS-retten og kan i alle fall ikke anses å være i tråd med EU/EØS-retten etter uttalelsene i Fred. Olsen-saken.

Etter mitt syn vil det derfor være nødvendig med en uttalelse fra Finansdepartementet eller Skattedirektoratet for å rette opp rettstilstanden i internretten, slik at denne virkelig gjen-speiler EU/EØS-retten.

Litteraturliste

Bøker og artikler

Sejersted m.fl., *EØS-rett*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004

Hovland, Øyvind, *NOKUS-reglene og fritaksmetodens krav til reelt etablert og forholdet til EØS-avtalen*, Skatterett 4/2012 s. 273 – 326

P. Hammerich og V. K. Svendsby, *Verdipapirfond og etableringsvilkåret*, Revisjon og Regnskap 2/2014 s. 60 – 62

Traktater

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelsen av et Overvåkingsorgan og en Domstol, av 2. mai 1992 (ODA-avtalen)

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, av 17. mars 1993 (EØS-avtalen)

Direktiver

Direktiv 2009/65/EC Undertakings for Collective Investments in Transferable Securities Directive (UCITS)

Direktiv 2011/61/EU Alternative Investment Fund Managers Directive (AIFM)

Domsregister

EF-domstolen:

Case C-283/81, Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v Ministry of Health

Case C-221/89 The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and Others

Case C-55/94 Reinhard Gebhard v Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano

Case C-264/96 Imperial Chemical Industries plc v Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)

Case C-212/97 Centros Ltd. v Erhvervs- og Selskabsstyrelsen

Case C-324/00 Lankhorst-Hohorst GmbH v. Finanzamt Steinfurt

Case C-167/01 Inspire Art Ltd. v Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam

Case C-9/02 Hughes de Lasteyrie du Saillant v Ministère de l'Économie des Finances et de l'Industrie

Case C-446/03 Marks & Spencer plc v David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)

Case C-341/04 Halifax plc, Leeds permanent Development Services Ltd and County Wide Property Investments Ltd v Commissioners of Customs & Excise

Case C-94/05 Emsland-Stärke GmbH v Landwirtschaftskammer Hannover

Case C-341/04 Eurofood IFSC Ltd

Case C-196/04 Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue

Case C-303/07 Aberdeen Property Fininvest Alpha OY

EFTA-domstolen:

Case E-9/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir v Iceland

Case E-6/98 The Kingdom of Norway v EFTA Surveillance Authority

Case E-4/01 Karl K. Karlsson hf. V The Icelandic State

Case E-1/04 Fokus Bank ASA v The Norwegian State, represented by Skattedirektoratet (the Directorate of Taxes)

Joined cases E-3/13 and E-20/13 Fred. Olsen and Others v The Norwegian State

Rettens gang:

Lover

| | |
|---------------------|--|
| Ligningsloven | Lov nr. 24 av 13. juni 1980 om ligningsforvaltning, § 3A-1. |
| EØS-loven | Lov nr. 109 av 27. november 1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. |
| Skatteloven | Lov nr. 14 av 26. mars 1999 om skatt av formue og inntekt |
| Verdipapirfondloven | Lov nr. 44 av 25. november 2011 om verdipapirfond |

Forarbeider

| | |
|-------------------------|---|
| Ot.prp.nr.1 (2004 – 05) | Skatte- og avgiftsopplegget 2005 – lovendringer |
| Ot.prp.nr.1 (2007-08) | Skatte- og avgiftsopplegget 2008 – lovendringer |
| Meld. St. 11 (2010-11) | Evalueringsrapport av skattereformen 2006 |

Forvaltningspraksis

| | |
|-------------------|---|
| Utv. 2007 s. 1027 | Finansdepartementets uttalelse av 18. april 2007 |
| Utv. 2009 s. 1280 | Finansdepartementets uttalelse av 29. september 2009 |
| Utv. 2010 s. 1240 | Finansdepartementets uttalelse av 5. juli 2010 |
| BFU 30/9 | Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse av 19. november 2009 |
| BFU 13/13 | Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse av 10. juni 2013 |
| BFU 2/14 | Skattedirektoratets bindende forhåndsuttalelse av 29. januar 2014 |